DIRITTO PRIVATO

Sezione Seconda
PUBBLICITÀ E TRASCRIZIONE

I. LA PUBBLICITÀ

1. Nozioni generali

Vi sono numerose vicende dei soggetti giuridici e dei beni, la cui conoscenza può interessare la generalità degli individui. Molte scelte (ad esempio, sposarsi o acquistare un immobile) possono essere condizionate dalle "informazioni", che chiunque riesca ad acquisire circa una determinata situazione giuridica.

Per indicare quell'insieme di procedimenti, attraverso i quali una situazione giuridica (reale o personale) acquista un'evidenza tale da poter essere conosciuta da chiunque lo voglia o ne abbia interesse, si parla di *pubblicità*.

Quando, dunque – specie nella manualistica di diritto privato – si parla, in generale, di *pubblicità*, si fa riferimento ad una **categoria di istituti molto disomogenea**, il cui dato comune è costituito unicamente dalla **funzione *conoscitiva***, nei confronti della collettività, di una variegata mole di fatti, atti, negozi giuridici, provvedimenti amministrativi e giudiziari.

La materia della pubblicità vive, in questi anni, fasi di profondo rinnovamento in seguito al prorompente **sviluppo dell'informatica**, che consente possibilità di repentino accesso, da parte di qualunque cittadino, ad una serie di fatti e notizie un tempo sottoposte a rigide procedure conoscitive.

L'esigenza di una completa ristrutturazione degli strumenti pubblicitari è stata avvertita anche dal legislatore, il quale – oltre a sopprimere forme pubblicitarie ritenute desuete, il cui adempimento era ormai ridotto a mero requisito di regolarità formale di procedure giudiziarie, senza alcun concreto effetto *conoscitivo* in favore della collettività dei consociati (si pensi, in tal senso, alla **soppressione del *foglio degli annunzi legali***, sancito dall'art. 31, 1° comma, l. 24 novembre 2000, n. 340) – ha ritenuto di rimettere all'autorità governativa, attuando un processo di *delegificazione* della materia, l'individuazione di **nuovi più efficaci strumenti mediante i quali attuare le forme, anche tradizionali, di pubblicità legale** (art. 31, 3° comma, l. n. 340 del 2000, secondo cui *in tutti i casi nei quali le norme di legge impongono forme di pubblicità legale, l'individuazione degli strumenti per assicurare l'assolvimento dell'obbligo è effettuata con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, 2° comma, della l. 23 agosto 1988, n. 400. Si procede alla individuazione degli strumenti, anche telematici, differenziando, se necessario, per categorie di atti*).

Per tentare di orientarsi nello sconfinato settore della pubblicità legale, è indispensabile procedere a classificazioni generali, in grado di distinguere istituti talvolta assai distanti tra loro.

Una distinzione fondamentale deve essere compita tra la pubblicità concernente i *soggetti giuridici* da quella riguardante, invece, i *beni*.

2. La pubblicità relativa alle persone fisiche

L'ordinamento garantisce la conoscenza di talune vicende delle **persone fisiche** attraverso i ***registri dello stato civile***, tenuti presso ogni Comune in conformità delle norme contenute nella legge sull'ordinamento dello stato civile (art. 449). I registri – come precisato espressamente nel codice civile (art. 450) – sono pubblici.

La materia è stata oggetto di riforma ad opera del **d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396** (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, 12° comma, della l. 15 maggio 1997, n. 127).

In precedenza, la disciplina era contenuta nel r.d. 9 luglio 1939, n. 1238, il quale prevedeva quattro registri: i **registri di cittadinanza, nascita, matrimonio e morte**. La pluralità di registri è stata sostituita, per effetto del richiamato testo normativo, da un **archivio informatico unico**, istituito presso l'ufficio della stato civile di ciascun comune, nel quale sono registrati e conservati tutti gli atti – formati nel comune o comunque relativi a soggetti ivi residenti – riguardanti la cittadinanza, la nascita, i matrimoni e la morte. Alla pluralità di *registri*, è stata sostituita, così, la pluralità di ***registrazioni***, effettuate all'interno del medesimo archivio unico.

A seconda dell'atto da registrare, l'ufficiale dello stato civile effettua ***iscrizioni*** o ***trascrizioni***. Gli atti iscritti o trascritti possono essere oggetto, a loro volta, di ***annotazioni*** o ***rettificazioni***.

Peraltro – a circa dieci anni dalla sua entrata in vigore – il sistema dei registri informatici di stato civile ad oggi non è ancora entrato in vigore e, pertanto, in forza della norma transitoria dell'art. 109, 2° comma, ord. st. civ., continuano ad avere vigore le disposizioni del previgente ord. st. civ. relative ai quattro registri.

Presso i tribunali sono istituiti i **registri delle tutele dei minori e degli interdetti, delle curatele dei minori emancipati e degli inabilitati**, delle amministrazioni di sostegno (artt. 48, 49 *bis*, disp. att., c.c.), nei quali il cancelliere annota le principali vicende, rispettivamente, di ciascuna tutela, curatela e amministrazione di sostegno. La tenuta dei registri appartiene alla specifica responsabilità del cancelliere.

Sempre a cura del cancelliere, presso ogni tribunale, è istituito il **registro delle successioni** (art. 52, disp. att., c.c.), diviso in tre parti, in ciascuna delle quali sono rispettivamente registrate le dichiarazioni di accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario, le dichiarazioni di rinunzia all'eredità e i provvedimenti di nomina dei curatori delle eredità giacenti.

Presso il tribunale per i minorenni, sono istituiti il **registro delle sentenze definitive che dichiarano lo stato di adottabilità** (art. 18, l. 4 maggio 1983, n. 184, come modificato dall'art. 17, l. 28 marzo 2001, n. 149) e il **registro delle sentenze definitive di adozione** (art. 314 c.c., come modificato dall'art. 31, l. n. 149 del 2001).

La legge di riforma del diritto fallimentare (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) ha abrogato l'art. 50 l. fall., che prevedeva, presso la cancelleria di ogni tribunale ordinario, il pubblico registro dei falliti. Il nuovo art. 17 l. fall. prevede l'**annotazione della sentenza di fallimento presso l'ufficio del registro delle imprese** del luogo ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è stata aperta.

3. La pubblicità relativa alle persone giuridiche

Dando attuazione a una previsione contenuta nel codice civile (art. 2188), la l. 29 dicembre 1993, n. 580, ha istituito presso la camera di commercio l'ufficio del **registro delle imprese**, nel quale sono iscritte le vicende riguardanti gli imprenditori commerciali, sia individuali sia costituiti nelle forme di società di persone o di capitali. A loro volta, gli imprenditori agricoli, i piccoli imprenditori, le società semplici e le imprese artigiane sono iscritti in sezioni speciali dello stesso registro delle imprese (art. 8, 4° comma, l. n. 580 del 1993).

Per le società di capitali, il codice civile prevedeva un ulteriore strumento di pubblicità legale delle vicende sociali, consistente nella pubblicazione nel Bollettino ufficiale delle società per azioni e a responsabilità limitata. Tale istituto è stato abrogato, nella prospettiva della semplificazione dei procedimenti societari, dall'art. 33, l. n. 340 del 2000.

Anche il registro delle persone giuridiche (art. 22, disp. att., c.c.) è stato abrogato con d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361.

4. La pubblicità relativa ai beni

Un secondo importantissimo settore di pubblicità legale è quello che riguarda talune categorie di beni, per i quali l'ordinamento fornisce strumenti per la conoscenza della loro esistenza e delle più significative vicende giuridiche che li riguardano.

In tale ambito, i beni immobili, per la loro rilevanza patrimoniale, costituiscono senza dubbio la categoria più significativa, rispetto alla quale il legislatore ha consentito la pubblicità del maggior numero di atti ad essi relativi. La pubblicità degli atti relativi a beni immobili è eseguita dal conservatore dei **registri immobiliari**. A seconda del tipo di vicenda giuridica, il conservatore procede a *trascrizione*, *iscrizione* o *annotazione*.

Anche talune categorie di beni mobili sono soggette a pubblicità.

Gli autoveicoli sono iscritti nel **Pubblico Registro Automobilistico** (P.R.A.). L'art. 146 del codice della navigazione istituisce i **pubblici registri nautici** per le navi e i galleggianti. Per gli aeromobili esiste il **registro aeronautico nazionale** (art. 750 cod. nav.).

Un sistema di pubblicità è previsto in materia di diritto d'autore: l'art. 103, l. 22 aprile 1941, n. 633, istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri il **registro pubblico generale di tutte le opere protette dalla legge**. La SIAE (società italiana degli autori ed editori) cura, a sua volta la tenuta di un registro pubblico speciale per le opere cinematografiche.

Sono soggetti a registrazione i **marchi** e i **brevetti** (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30).

5. Funzioni della pubblicità

La funzione di ciascuna forma di pubblicità legale può mutare a seconda del soggetto o del bene sottoposto a pubblicità.

In generale, si tende a riconoscere ad ogni forma di pubblicità una primaria **funzione di notizia**, che consiste nel rendere conoscibili determinati eventi o vicende a chiunque ne abbia interesse.

In alcuni casi, tuttavia, la pubblicità assume una **funzione costitutiva**, nel senso che l'adempimento della formalità pubblicitaria perfeziona la fattispecie giuridica e determina il sorgere di un diritto o di una situazione giuridica, dapprima inesistente.

L'esempio tipico di pubblicità costitutiva è quello dell'iscrizione ipotecaria, laddove l'elemento pubblicitario dell'*iscrizione* perfeziona l'attribuzione del diritto al creditore ipotecario (art. 2808, 2° comma, c.c.).

Altra fattispecie di pubblicità costitutiva si rinviene nell'iscrizione della società per azioni nel registro delle imprese, che attribuisce alla società stessa la personalità giuridica.

La pubblicità assolve, inoltre, ad una naturale **funzione probatoria** del compimento di determinati atti, i quali, a far tempo dall'esecuzione della formalità pubblicitaria, acquistano data certa o, ancor più, attestano, fino a querela di falso, determinati accadimenti.

L'art. 451 c.c. sancisce, ad esempio, che *gli atti dello stato civile fanno prova, fino a querela di falso, di ciò che l'ufficiale dello stato civile attesta essere avvenuto in sua presenza o da lui compiuto. Le dichiarazioni dei comparenti fanno fede fino a prova contraria. Le indicazioni estranee all'atto non hanno valore.*

Si suole definire, poi, come **funzione dichiarativa** la finalità – propria di alcune forme di pubblicità legale (in particolare, la trascrizione immobiliare) – di rendere gli atti pubblicati opponibili ai terzi, i quali assumano la titolarità di diritti in contrasto con quelli sottoposti al regime di pubblicità legale.

Proprio perché lo scopo della pubblicità consiste nell'attribuire a un certo soggetto la facoltà di opporre un suo diritto a terzi, in questi casi l'esecuzione della formalità pubblicitaria è configurata dalla legge come un *onere*, cioè un adempimento che attribuisce un vantaggio (o una tutela) a colui che adempie.

La pubblicità dichiarativa costituisce, in molti settori del diritto privato, un **limite al principio dell'affidamento del terzo**. Se la legge predispone, infatti, determinati meccanismi pubblicitari, per consentire a chiunque di assumere contezza di una situazione giuridica, colui che abbia omesso ogni verifica non potrà invocare la propria buona fede o l'esistenza di circostanze di fatto tali da indurlo ad un erronea rappresentazione della realtà giuridica.

In questo senso, la giurisprudenza afferma, ad esempio, che la pubblicità costituisce il limite legale all'efficacia della c.d. *apparenza giuridica*. Infatti, il principio dell'apparenza non può essere invocato quando la situazione, che si pretende apparente, sia in contrasto con le risultanze dalla pubblicità legale. In applicazione di tale principio, ad esempio, la Suprema Corte ha escluso che possa essere convenuto in giudizio, per ottenere il pagamento delle spese condominiali, colui che si comporti di fatto come condomino senza essere, in realtà, titolare di alcun diritto reale sulla porzione immobiliare (Cass., sez. un., 8 aprile 2002, n. 5035).

6. La pubblicità di fatto

Il sistema della pubblicità legale – che si è finora sinteticamente descritto – si distingue dalla c.d. pubblicità di fatto, che ricorre, invece, quando **la legge subordina un determinato effetto giuridico alla diffusione di una certa notizia presso i terzi con qualunque *mezzo idoneo***.

Ad esempio, l'art. 1396 c.c., in tema di rappresentanza volontaria, prevede che *le modificazioni e la revoca della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. In mancanza, esse non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione del contratto*. A tale norma fa rinvio, inoltre, l'art. 2266 c.c., che disciplina le modificazioni e l'estinzione dei poteri di rappresentanza dei soci amministratori delle società semplici. Analoga previsione è contenuta negli artt. 2267 e 2290 c.c.

In questi casi, non sussiste un interesse pubblico alla conoscenza del fatto (e, perciò, la legge non prevede meccanismi di pubblicità legale); semplicemente, **il legislatore**

tutela l'affidamento, che i terzi ripongano nei riguardi di una determinata situazione giuridica e della sua persistenza nel tempo (ad esempio, il conferimento della procura da Tizio a Caio), stabilendo che la modificazione (o l'estinzione) di quella situazione possa essere fatta valere nei confronti dei terzi, soltanto se questi ultimi siano stati posti in condizione di conoscere la vicenda modificativa o estintiva.

Allo scopo di salvaguardare l'***effettività* della conoscenza da parte dei terzi**, la legge non "tipizza" gli strumenti, cui debba ricorrere il soggetto che ha l'onere di pubblicizzare la vicenda: si parla, infatti, genericamente di "mezzi idonei".

L'**idoneità del** "**mezzo**" deve essere oggetto di verifica da parte del giudice, che sia chiamato a decidere in ordine all'opponibilità al terzo della vicenda giuridica pubblicizzata. La valutazione deve tenere conto, sul piano oggettivo, del settore economico, nel quale si trovano ad operare i soggetti coinvolti nella controversia, per accertare a quali strumenti pubblicitari (bollettini, riviste specializzate, ecc.) gli operatori di quel settore facciano normalmente ricorso al fine di scambiarsi notizie e informazioni. Sul piano soggettivo, poi, il giudice dovrà verificare se il terzo abbia adoperato l'*ordinaria diligenza* (esigibile dall'operatore medio di quel settore economico) per acquisire la conoscenza di quella vicenda.

Pertanto, proprio in sede di applicazione dell'art. 1396 c.c., la giurisprudenza afferma che il rappresentato può sottrarsi agli effetti del contratto concluso dal rappresentante al quale egli abbia revocato i poteri, soltanto dimostrando che il terzo era a conoscenza della revoca o della modifica della procura, oppure che questi, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto saperlo (Cass., 2 aprile 1993, n. 3974). Ovviamente, i terzi, nei cui confronti sussiste l'onere di pubblicità della estinzione o della modifica della procura, sono coloro che istituiscono col rappresentante i rapporti contrattuali contemplati nella procura, e non certo tutti i soggetti della collettività.

Infine, l'idoneità dello strumento pubblicitario può essere oggetto di regolamentazione convenzionale, nel senso che il rappresentato e il terzo possono pattuire che la revoca o l'estinzione della procura conferita al rappresentante debba essere comunicata al terzo in un determinato modo (ad esempio, con raccomandata con avviso di ricevimento): in tal caso, in giurisprudenza si afferma che il mancato rispetto della forma pattuita rende comunque inopponibile al terzo la revoca o la modifica, a prescindere da qualunque dimostrazione dell'effettiva conoscenza acquisita dal terzo.

II. LA TRASCRIZIONE IMMOBILIARE

1. Funzioni e natura giuridica

Per i beni immobili la legge assicura un sistema di pubblicità legale di numerose vicende giuridiche che li riguardano. Di tali notizie, chiunque può acquisire conoscenza mediante la consultazione dei registri immobiliari, la cui cura e custodia è affidata ad un pubblico ufficiale – il **Conservatore dei Registri Immobiliari** – che ha sede in ciascuna delle circoscrizioni, nelle quali è all'uopo suddiviso il territorio nazionale (l. 25 luglio 1971, n. 545, *Norme sul riordinamento delle circoscrizioni territoriali delle Conservatorie dei registri immobiliari e disposizioni connesse*). Il servizio di conservatoria dei registri immobiliari è attualmente svolto dalle Agenzie del Territorio.

Oltre a questa generale **funzione di pubblicità-notizia**, tuttavia, la trascrizione costituisce un fondamentale strumento di tutela del soggetto che, a qualunque titolo, acquisti diritti su beni immobili e intenda opporre ai terzi le situazioni giuridiche di cui è titolare (c.d. **funzione dichiarativa**). La trascrizione di un atto, da cui derivi l'acquisto di un diritto, consente, infatti, al titolare di far valere il diritto nei confronti di chiunque affermi la titolarità del medesimo diritto (o di altro diritto incompatibile) sulla base di un altro atto, che non risulti anteriormente trascritto.

Così, ad esempio, se Caio acquista da Tizio la piena proprietà di un bene immobile e trascrive il suo contratto di acquisto, egli potrà affermare di essere pieno proprietario nei confronti di Sempronio, il quale rivendichi l'usufrutto di quello stesso bene in base ad un atto che, sebbene anteriore all'acquisto di Caio, non risulti essere stato già trascritto nei registri immobiliari al momento della trascrizione dell'acquisto di Caio.

Una tale funzione di *tutela* di coloro che acquistino diritti su beni immobili – funzione che il legislatore ha voluto sottolineare, collocando la disciplina della materia nel libro VI del codice civile, intitolato, appunto, alla *tutela dei diritti* – spiega perché la trascrizione non costituisca un *obbligo*, bensì un ***onere***, nel suo significato tecnico di **comportamento necessario per il conseguimento di un *vantaggio***, che, in questo caso, consiste – come si è detto – nell'**opponibilità ai terzi dell'atto trascritto**.

Una volta eseguita, peraltro, ***la trascrizione, da chiunque si faccia, giova a tutti coloro che vi hanno interesse*** (art. 2666 c.c.). Così, ad esempio, Caia, coniuge in regime di comunione, legale potrà opporre ai terzi l'acquisto compiuto separatamente dal coniuge Tizio (art. 177 c.c.), sebbene l'acquisto risulti trascritto a favore del solo coniuge acquirente.

La trascrizione di un atto non vale a sanare gli eventuali vizi (ad esempio, nullità, inefficacia, ecc.) **da cui l'atto stesso sia eventualmente inficiato**. Pertanto, se chi ha trasferito il diritto non era titolare del diritto stesso, l'avente causa non acquisterà alcunché – in base al principio generale secondo cui ***nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*** – nonostante la trascrizione del suo atto di acquisto.

Ciò non significa, però, che la trascrizione di un atto "viziato" (nel senso di *inidoneo ad attribuire il diritto sancito nell'atto trascritto*) sia sempre assolutamente irrilevante. Vi sono casi, infatti, nei quali la trascrizione – proprio in virtù della pubblicità, che essa fornisce a un determinato accadimento giuridico – si pone, unitamente ad altri requisiti, come elemento *costitutivo* dell'acquisto di quel diritto apparentemente sancito, in favore del beneficiario, dall'atto viziato.

Così, ad esempio, è vero che la trascrizione di una compravendita immobiliare non vale a trasferire il diritto di proprietà in favore dell'acquirente, se il dante causa non era proprietario del bene compravenduto; tuttavia, se l'acquirente era in buona fede al momento dell'acquisto e il trasferimento è avvenuto sulla base di un titolo *astrattamente* idoneo a trasferire la proprietà, l'acquirente stesso conseguirà *a titolo originario* la proprietà di quel bene decorsi dieci anni dalla trascrizione di quell'atto di acquisto (art. 1159 c.c.), salvo che, in detto periodo, l'effettivo proprietario del bene non agisca per rivendicare la titolarità del diritto.

La trascrizione ha **funzione costitutiva** con riferimento ai vincoli di indisponibilità di beni immobili derivanti da **sequestro** (artt. 670-671 c.p.c.) o **pignoramento** (art. 555 c.p.c.). Infatti, a far tempo dalla data di trascrizione del provvedimento giudiziario di sequestro o dell'atto di pignoramento, i successivi atti di alienazione del bene sequestrato o pignorato sono inopponibili al creditore (e parimenti inopponibili sono quegli atti di alienazione posti in essere *prima* della trascrizione del sequestro o del pignoramento, ma trascritti *dopo* quest'ultima). In tali casi, dunque, la trascrizione *costituisce* il vincolo di indisponibilità del bene immobile, nel senso che, in mancanza di essa, tutti gli atti di disposizione compiuti dal debitore saranno opponibili al creditore, il quale si vedrà impossibilitato ad aggredire esecutivamente il bene oggetto di sequestro o di pignoramento.

Infine, occorre rammentare come alla trascrizione si attribuisca una c.d. **funzione sanante** nella fattispecie disciplinata dall'art. 2652, n. 6, c.c. (*infra*, § 5).

2. Struttura della trascrizione e principio di continuità (art. 2650 c.c.)

La trascrizione immobiliare ha base personale: essa si compie, cioè, in relazione ai *soggetti* – e non all'*oggetto* – dell'atto giuridico da trascrivere.

Per verificare, quindi, se Tizio risulti proprietario del bene immobile *x*, occorre consultare, nei registri immobiliari, quali siano le trascrizioni effettuate *in favore* di Tizio e, in particolare, se, fra queste, risulti l'acquisto del bene immobile *x*. Una volta riscontrata, tuttavia, la trascrizione dell'acquisto del bene immobile *x* in favore di Tizio, occorrerà ulteriormente accertare se Tizio non abbia successivamente alienato il bene stesso ad altro soggetto: a tal fine, si procederà a verificare le trascrizioni effettuate *contro* Tizio, per rilevare se, tra queste ultime, vi sia un eventuale atto di disposizione del medesimo bene, compiuto da Tizio in favore di successivo acquirente.

Il sistema di trascrizione è a base *reale* – strutturato, cioè, in relazione al bene immobile, di cui si voglia accertare la relativa titolarità dei diritti reali – soltanto nelle province autonome di Trento e Bolzano. Si tratta di un retaggio storico risalente all'ex impero austro-ungarico, dove vigeva tale sistema, nel quale, peraltro, la trascrizione assume funzione *costitutiva* del diritto reale, non esistendo il principio di efficacia traslativa del contratto (art. 1376 c.c.).

Ogni atto risulta trascritto, pertanto, rispettivamente *contro* colui che dispone del diritto e *in favore* del soggetto che lo acquista. Ad ogni trascrizione *a carico* di un soggetto, deve necessariamente corrispondere una trascrizione *in favore* di altro soggetto.

Tale meccanismo non ammette salti: è *inefficace*, conseguentemente la trascrizione operata in favore di Caio (e a carico di Tizio) dell'atto con cui egli ha acquistato il bene da Tizio, laddove non risulti la trascrizione del precedente atto di acquisto da parte di Tizio. Si tratta di un principio (**continuità delle trascrizioni**) normativamente sancito dall'art. 2650 c.c., secondo cui *nei casi in cui, per le disposizioni precedenti, un atto di acquisto è soggetto a trascrizione, le successive trascrizioni o iscrizioni a carico dell'acquirente non producono effetto, se non è stato trascritto l'atto anteriore di acquisto*.

La trascrizione può svolgere, dunque, la sua efficacia dichiarativa nei confronti dei terzi soltanto laddove l'atto risulti sostenuto da un'ininterrotta catena di trascrizioni, che leghi ciascun dante causa al suo avente causa e così via.

Il significato e le finalità del principio di continuità delle trascrizioni devono essere sempre coordinate con l'altro fondamentale principio secondo cui **la trascrizione non ha efficacia costitutiva del diritto sancito nell'atto e non può mai tenere luogo del regime *sostanziale* di appartenenza del diritto**.

Valga, all'uopo, un esempio. Se Tizio, in vita, aliena un suo bene immobile a Caio, il quale omette, però, di trascrivere l'atto di acquisto, la successiva trascrizione dell'accettazione dell'eredità di Tizio da parte dell'erede Sempronio non attribuirà a quest'ultimo alcun diritto sul bene di cui il *de cuius* aveva già disposto prima della morte. La trascrizione dell'atto di accettazione dell'eredità, dunque – per quanto dovuta in base al principio di continuità delle trascrizioni – non rende opponibile l'acquisto *mortis causa* nei confronti di Caio: infatti, nonostante il difetto di trascrizione dell'atto di acquisto in favore di Caio, quest'ultimo *sul piano sostanziale* deve ritenersi l'unico proprietario del bene immobile, bene che, non facendo più parte del patrimonio di Tizio al momento della morte, non può cadere nella successione in favore di Sempronio.

Si può affermare, allora, che **la continuità delle trascrizioni è condizione *necessaria* per rendere opponibile ai terzi la trascrizione di un atto, ma *non sufficiente* a dimostrare in ogni caso l'effettiva appartenenza sostanziale del diritto a colui, in favore del quale sia compiuta per ultimo la trascrizione di un acquisto**. Nonostante il rispetto della continuità delle trascrizioni, è possibile, infatti, che colui, che risulti formalmente titolare del diritto sulla base dei registri immobiliari, non sia l'effettivo titolare di tale diritto per una delle due seguenti alternative ragioni: in primo luogo, può accadere che l'avente causa dell'ultimo tito-

lo trascritto abbia compiuto un atto di disposizione, che non sia stato trascritto; in secondo luogo, potrebbe essersi verificato un acquisto a titolo originario (ad esempio, l'usucapione), che non sia stato ancora accertato con un atto (ad esempio, una sentenza) soggetto a trascrizione.

3. Doppia alienazione immobiliare

L'art. 2644 c.c. disciplina il caso in cui un soggetto ponga in essere due successivi atti di disposizione (o, comunque, due tra gli atti previsti nell'art. 2643 c.c.) relativi allo stesso bene immobile. Si ipotizzi, ad esempio, che Tizio, proprietario di un determinato bene immobile, alieni detto bene dapprima a Caio e, successivamente, a Sempronio.

Il **1° comma dell'art. 2644 c.c.** stabilisce che, se Caio ha trascritto per primo il suo titolo di acquisto, il successivo atto di alienazione, compiuto in favore di Sempronio *non ha effetto* nei confronti di Caio, e ciò appare del tutto coerente col principio di efficacia traslativa del contratto: col primo atto di disposizione, invero, Tizio ha trasferito il diritto in capo a Caio, sicché l'alienazione a Sempronio, stante la carenza di Tizio a disporre di un diritto già facente capo a Caio, non può che essere assolutamente inefficace. La previsione del 1° comma dell'art. 2644 c.c. risulta, pertanto, perfettamente coerente col disposto dell'art. 1376 c.c.: **allorché il titolare stipula un contratto di trasferimento (o costituzione) del diritto reale, il diritto stesso è trasferito all'acquirente *per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato* e la trascrizione del titolo vale a rendere l'acquisto opponibile ai terzi**.

Sennonché, tale coerenza col principio di efficacia traslativa del contratto viene meno nella fattispecie regolata dal **2° comma dell'art. 2644 c.c.**, laddove si prevede che la trascrizione rende l'acquisto opponibile anche nei confronti del precedente acquirente, che non abbia ancora trascritto il suo titolo. Pertanto, **nel caso in cui lo stesso dante causa ponga in essere due successivi atti di alienazione di un bene immobile, il conflitto tra i due acquirenti è risolto sulla base della priorità della trascrizione del titolo, con la conseguenza che, se colui che ha acquistato per secondo esegue per primo la trascrizione, il suo acquisto prevale su quello del primo acquirente, in deroga al principio dell'art. 1376 c.c.**

Si discute se il dante causa, all'atto della seconda alienazione, agisca *a domino* oppure *a non domino*. Nonostante taluni autorevoli tentativi dottrinali volti a giustificare una permanente legittimazione a disporre in capo al comune autore, **non pare che il principio dell'efficacia traslativa del contratto consenta soluzione diversa da quella di ritenere che, all'atto della seconda alienazione, il dante causa agisca *a non domino***.

Si tratta, allora, di stabilire come mai la legge attribuisca la prevalenza al secondo acquirente, che trascriva per primo il suo titolo di acquisto. Da questo punto di vista, l'art. 2644, 2° comma, c.c., rientra nel novero delle norme che risolvono ***conflitti di diritti***, al pari degli artt. 1155, 1265 e 1380 c.c.

L'art. 1155 c.c. prevede che *se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne ha acquistato in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore*. In tal caso, dunque, l'elemento risolutore è dato, non già dalla trascrizione (non prevista per i semplici beni mobili), bensì dal possesso, che rappresenta l'unica forma di "pubblicità" concepibile per i beni mobili. Orbene, l'art. 1155 c.c. costituisce l'applicazione, all'ipotesi della doppia alienazione mobiliare, del principio sancito dall'art. 1153 c.c. (c.d. *possesso vale titolo*), secondo cui chi, sulla base di un titolo astrattamente idoneo, acquista un bene mobile da chi non ne è proprietario, consegue *a titolo originario* la proprietà di detto bene per effetto del possesso e della buona fede al momento della consegna.

L'art. 2644, 2° comma, c.c. è, *mutatis mutandis*, il corrispondente, per i beni immobili, dell'art. 1155 c.c.: l'elemento costitutivo del possesso è sostituito, per i beni immobili, dalla trascrizione; mentre l'elemento della buona fede è reso irrilevante proprio dalle risultanze

dei registri immobiliari, che attestano, nei confronti del secondo acquirente, la formale legittimazione del dante causa.

Deve concludersi, quindi, nel senso che l'art. 2644, 2° comma, c.c., attribuendo la titolarità del diritto al secondo acquirente che trascriva per primo, configuri un'ipotesi di **acquisto a titolo originario**, sulla base di una **fattispecie complessa**, i cui elementi costitutivi consistono, da un lato, nell'alienazione *a non domino* da parte di chi ha già disposto del suo diritto con una precedente alienazione, e, dall'altro, nella priorità della trascrizione del secondo acquisto rispetto alla trascrizione del primo.

La prevalenza del secondo acquirente espone, ovviamente, il comune autore a responsabilità nei confronti del primo acquirente.

Deve escludersi, anzitutto – conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza – che il primo acquirente possa ricorrere a **rimedi restitutori**, quali l'azione di *nullità della seconda alienazione per illiceità causale, dovuta a mala fede oggettiva o a frode*, ovvero all'azione di *nullità della seconda alienazione per illiceità del motivo* (stanti i rigorosi limiti previsti dall'art. 1345 c.c.).

La giurisprudenza, invece, ha ammesso, talvolta, l'azione revocatoria della seconda alienazione, a tutela del credito risarcitorio, vantato dal primo acquirente nei confronti dell'alienante: in questo senso, per esperire vittoriosamente l'azione, occorrerebbe fornire la prova o della dolosa preordinazione (tra alienante e secondo acquirente) a pregiudicare le ragioni risarcitorie del primo acquirente o, quanto meno, della comune consapevolezza di tale pregiudizio.

La critica mossa a tale soluzione dalla dottrina, peraltro, appare fondata. Infatti – come è noto – affinché si possa esperire l'azione revocatoria, occorre che sia stato compiuto un "atto di disposizione". Ma, nel caso della seconda alienazione di un bene immobile già venduto, non siamo di fronte ad un atto che possa essere definito tecnicamente in termini di "alienazione", in quanto la facoltà di disposizione dell'alienante si è esaurita col compimento del primo atto di vendita. L'acquisto del diritto da parte del secondo acquirente – come si è detto – non rappresenta l'effetto del positivo esercizio della facoltà di disposizione dell'alienante (che non ha più alcun potere sostanziale sul bene), ma è il risultato di una fattispecie acquisitiva complessa a titolo originario.

La tutela del primo avente causa si attua, pertanto, sul piano prettamente risarcitorio.

Quanto alla **responsabilità del comune autore**, prevale in giurisprudenza la tesi della natura *contrattuale* di siffatta responsabilità, connessa al disposto dell'art. 1476, n. 3, c.c., secondo cui il venditore è tenuto a garantire il compratore dall'evizione. Egli infatti, dopo aver trasferito il diritto al primo avente causa per effetto del mero consenso, porrebbe in essere una successiva attività contrattuale idonea a provocare la perdita del diritto in capo all'acquirente: la doppia alienazione costituirebbe dunque un'ipotesi di evizione.

Secondo un'altra impostazione, invece, la responsabilità contrattuale del comune autore discenderebbe dalla violazione delle regole di buona fede oggettiva nell'esecuzione del rapporto contrattuale (artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.). Nella volontà di trasmettere la proprietà di una cosa determinata sarebbe implicito, infatti, secondo buona fede, l'obbligo di non trasferirla successivamente ad altri.

Con riferimento, poi, alla **responsabilità del secondo avente causa (primo trascrivente)**, la giurisprudenza di legittimità – almeno fino al 1982 – ha affermato il diritto soggettivo del secondo acquirente a pubblicizzare il suo acquisto mediante la trascrizione e ha escluso così la sua responsabilità in conformità al principio *qui suo iure utitur neminem laedit*. Un tale "diritto soggettivo a trascrivere" è stato negato, invece, a far tempo dalla sentenza di Cass., 8 gennaio 1982, n. 76, secondo la quale il trascrivente può incorrere in responsabilità aquiliana, secondo i principi generali elaborati in materia di art. 2043 c.c., in quanto pone in essere una condotta di cosciente cooperazione nell'inadempimento dell'alienante verso il primo acquirente. È ancora discusso, invece, se la responsabilità del trascrivente nei confronti del primo acquirente possa fondarsi, *ex* art. 2043 c.c., sulla mera "colpa", intesa come conoscibilità (alla stregua dell'ordinaria diligenza) del precedente atto di alienazione.

Occorre evidenziare, infine, che c'è un caso in cui la giurisprudenza ha ignorato la regola sancita dall'art. 2644 c.c., attribuendo prevalenza al primo acquisto anche se trascritto successivamente. È l'ipotesi in cui il primo acquirente sia beneficiario di una prelazione legale. Se il coltivatore diretto, a cui sia stato notificato il preliminare di compravendita, dichiara di voler esercitare la prelazione subentrando nella posizione contrattuale dell'acquirente, la vendita del fondo compiuta dal proprietario successivamente all'esercizio della prelazione non prevale mai sull'ac-

quisto del coltivatore, anche se trascritta anteriormente. La *ratio* della soluzione è evidente: il titolare della prelazione può, attraverso il riscatto, porre nel nulla gli effetti di un atto di compravendita compiuto dal proprietario e trascritto dall'acquirente in pregiudizio della prelazione riconosciutagli dalla legge; a maggior ragione, egli non può perdere la proprietà del bene dopo l'esercizio della prelazione per effetto della mera anteriorità della trascrizione di un atto lesivo del suo diritto di essere preferito. L'applicazione dell'art. 2644 c.c. presuppone, quindi, che i due diritti in contrasto siano considerati dalla legge sullo stesso piano e che ad uno di essi non sia attribuita, invece, una particolare tutela per ragioni di interesse pubblico (Cass., 28 aprile 1978, n. 2003; Cass., 16 settembre 1980, n. 5270).

4. Atti soggetti a trascrizione

Gli atti soggetti a trascrizione sono espressamente e tassativamente elencati dalla legge. Avendo la disciplina della trascrizione natura di ordine pubblico, le relative norme non sono suscettibili di applicazione analogica.

Oltre che dalla legge, le ipotesi di trascrizione possono essere introdotte da **declaratorie di illegittimità costituzionale**, che reputino lesive di una norma costituzionale (e, in particolare, del principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost.) la mancata previsione della trascrizione di un atto, come è accaduto, ad esempio – prima dell'introduzione del nuovo art. 155 *quater* c.c. – per il **provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare nella separazione personale dei coniugi** di cui la Corte costituzionale, con sentenza 27 luglio 1989, n. 454, sancì la trascrivibilità per eliminare l'irragionevole diversità di disciplina rispetto a quanto era stato previsto in materia di divorzio in seguito alla novella di riforma del 1987.

L'elencazione ha riguardo non già al *tipo* di atto (ad esempio, compravendita, permuta, ecc.), bensì all'***effetto*** prodotto dall'atto (ad esempio, trasferimento della proprietà).

Tale nesso tra *effetto giuridico dell'atto o del provvedimento* e *trascrizione* giustifica la norma dell'**art. 2645 c.c.**, secondo cui *deve del pari rendersi pubblico, agli effetti previsti dall'articolo precedente* (effetto dichiarativo), *ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluni degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c., salvo che dalla legge risulti che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a effetti diversi*.

Si tratta di una sorta di norma di chiusura, in base alla quale possono essere trascritti tutti quegli atti che, pur non espressamente previsti dalla legge, producono gli effetti (reali o obbligatori) dei contratti elencati nell'art. 2643 c.c.

Ad esempio, si discute se possa essere trascritta, ai sensi di tale norma, la dichiarazione di riscatto del bene immobile alienato in violazione di una prelazione legale (qualora non si ritenga la fattispecie già compresa nella previsione dell'art. 2653, n. 3, c.c.). La tesi affermativa è stata sostenuta, in dottrina, con riferimento al riscatto agrario di cui all'art. 8 della l. n. 590 del 1965.

In concreto, la giurisprudenza ha fatto un'assai limitata applicazione della norma.

La maggior parte degli atti soggetti a trascrizione possono essere suddivisi tra **atti aventi effetti reali** e **atti aventi effetti obbligatori**.

A) Nell'ambito dei primi, l'art. 2643 c.c. prevede la trascrizione dei **contratti**
- — che trasferiscono la proprietà di beni immobili (n. 1);
- — che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti reali minori (nn. 2 e 4);
- — che costituiscono la comunione dei diritti reali (n. 3).

Il più importante dei contratti che producono tali effetti è, come è noto, la **compravendita**. La trascrizione non si estende, tuttavia, a quei **patti aventi mera efficacia obbligatoria** (patto di prelazione, *pactum de retrovendendo*).

Si trascrive, invece, il **patto di riscatto** (art. 1500 c.c.), che configura una condizione potestativa (semplice) risolutiva in favore del venditore: essa non incide, pertanto, sull'immediata efficacia reale del contratto.

Si ritiene trascrivibile – nonostante il differimento dell'effetto reale al pagamento dell'ultima rata di prezzo – la **vendita con riserva della proprietà** (art. 1523 c.c.), posto che l'atto contiene in sé tutti gli elementi per l'automatico, sia pur differito, effetto reale.

Mentre è ancora discussa la trascrivibilità della **vendita di cosa altrui**, può considerarsi legislativamente risolto il problema della trascrizione delle **alienazioni di fabbricati in costruzione o da costruire**.

L'art. 2826 c.c. – richiamato dall'art. 2659, 1° comma, n. 4, c.c. (norme entrambe novellate dalla l. 27 febbraio 1985, n. 52) – precisa, infatti, che, ai fini dell'identificazione di tali fabbricati, devono essere indicati i dati di identificazione catastale del terreno su cui i fabbricati stessi insistono: purché, dunque, si tratti di fabbricato *in costruzione* – e non già di edificio *da costruire* – e l'atto di vendita contenga detta precisazione relativa ai dati catastali del terreno, l'alienazione può essere trascritta.

Se si tratti, invece, di contratto preliminare di compravendita, la trascrizione è consentita anche con riguardo a edifici *da costruire*, purché il contratto indichi "la superficie utile della porzione di edificio e la quota del diritto spettante al promissario acquirente relativa all'intero costruendo edificio espressa in millesimi" (art. 2645 *bis*, 4° comma, c.c., parimenti richiamato dall'art. 2659, 1° comma, n. 4, c.c. così come sostituito dall'art. 3, 2° comma, del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, nella l. 28 febbraio 1997, n. 30). In tal caso, la trascrizione è eseguita con riferimento al bene immobile per la quota determinata secondo le descritte modalità. Non appena l'edificio viene ad esistenza, gli effetti della trascrizione si producono rispetto alle porzioni materiali corrispondenti alle quote di proprietà predeterminate nonché alle relative parti comuni e l'eventuale differenza di superficie o di quota, purché contenuta nei limiti di un ventesimo rispetto a quelle indicate nel contratto preliminare, non produce effetti (art. 2645 *bis*, 5° comma, c.c.). La norma contiene, infine, una **definizione di edificio** "**esistente**": per gli effetti sopra menzionati, si intende esistente l'edificio nel quale sia stato eseguito il rustico, comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità e sia stata completata la copertura (art. 2645 *bis*, 6° comma, c.c.).

La stessa norma prevede, inoltre, la trascrizione dei **provvedimenti giudiziari**, che producono i medesimi effetti reali di cui ai nn. 1-4:

— provvedimenti con i quali, nell'esecuzione forzata, si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari (eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente) (n. 6);

— sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione di diritti reali (n. 14).

L'art. 23, 2° comma, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, prevede la trascrizione del **decreto di espropriazione**, ma la giurisprudenza ha ritenuto – già sotto il vigore dell'abrogato art. 59, l. 25 giugno 1865, n. 2359 – che tale previsione non tuteli i terzi dall'opponibilità dell'atto, ma risponda solo a finalità di pubblicità notizia in ossequio al principio di continuità delle trascrizioni (art. 2650); conseguentemente, il decreto di espropriazione, pur in difetto di trascrizione, è opponibile *erga omnes* e, quindi, anche agli eventuali terzi acquirenti del bene.

Sono parimenti soggetti a trascrizione taluni **negozi giuridici unilaterali** e, in particolare:

— gli atti tra vivi di rinuncia a un diritto reale, purché compiuti nella forma richiesta *ad substantiam* dall'art. 1350, n. 5, c.c., e necessaria ai fini della trascrizione (n. 5);

— gli atti di affrancazione del fondo enfiteutico (n. 7).

Si trascrivono, altresì, le **transazioni**, che hanno per oggetto controversie sui diritti reali immobiliari di cui si è detto (n. 13).

Così come l'art. 2643, n. 3, c.c., sottopone a trascrizione i *contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti* (diritti reali), simmetricamente l'art. 2646 c.c. prevede – sia pure ai soli fini di pubblicità-notizia (e non già ai fini dell'opponibilità *ex* art. 2644 c.c.) – la trascrizione delle **divisioni che hanno per oggetto beni immobili**, come pure dei **provvedimenti di aggiudicazione degli immobili divisi mediante incanto**, dei **provvedimenti di attribuzione delle quote tra condividenti** e dei **verbali di estrazione a sorte delle quote**.

L'acquisto di diritti reali può avvenire *mortis causa* e, per tale ipotesi, l'art. 2648 c.c. prevede che si debbano trascrivere:

— l'**accettazione dell'eredità che importi l'acquisto dei diritti enunciati nei nn. 1, 2, e 4 dell'art. 2643** (proprietà e diritti reali minori) **c.c.**;

— l'**accettazione dell'eredità che importi la liberazione dai medesimi diritti**;

— l'**acquisto del legato che abbia lo stesso oggetto**.

La trascrizione dell'accettazione di eredità si opera in base alla dichiarazione del chiamato all'eredità, contenuta in un atto pubblico ovvero in una scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente (art. 2648, 2° comma, c.c.). Se l'acquisto della qualità di erede sia avvenuta attraverso un atto che importi accettazione tacita dell'eredità, la trascrizione si può richiedere sulla base di quell'atto, qualora esso risulti da sentenza, da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente (art. 2648, 3° comma, c.c.). La trascrizione dell'acquisto del legato, invece, si opera sulla base di un estratto autentico del testamento (art. 2648, 4° comma, c.c.).

L'erede subentra nella posizione giuridica del *de cuius*. La trascrizione del suo acquisto non risponde alla funzione di rendere il suo acquisto opponibile ai terzi, ma unicamente al principio di continuità delle trascrizioni: conseguentemente – come si è già ricordato – può essere efficacemente trascritto *contro* l'erede un atto di alienazione compiuto in vita dal *de cuius*. L'acquisto del legatario presuppone, invece, necessariamente che il *de cuius* fosse titolare del diritto oggetto dell'atto di disposizione: una precedente alienazione significherebbe revoca implicita del legato.

È controversa la necessità di rendere pubblico attraverso la trascrizione l'atto di rinuncia all'eredità. La soluzione positiva dovrebbe valere, invece, per la rinuncia al legato, già in base all'art. 2643, n. 5, c.c., posto che il legato trasferisce immediatamente il diritto reale in capo al beneficiario senza bisogno di alcuna accettazione.

B) Tra gli atti aventi effetti obbligatori, l'art. 2643 c.c. prevede:

— i **contratti di locazione di beni immobili, che hanno durata superiore a nove anni** (n. 8);

— i **contratti di società e di associazione** (n. 10), nonché gli **atti di costituzione dei consorzi** (n. 11), **con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell'associazione eccede i nove anni o è indeterminata**;

— i **contratti di anticresi** (n. 12).

Attengono ai rapporti contrattuali di locazione, anche di durata infranovennale, **gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni**, di cui è prevista parimenti la trascrizione (n. 9).

Anche le **transazioni** relative ai diritti sopra menzionati sono soggette a trascrizione (n. 14).

Altro atto avente effetti obbligatori, di cui la legge prevede la trascrizione, è il **contratto preliminare**, di cui si dirà specificamente nel paragrafo seguente.

La trascrizione delle locazioni ultranovennali vale a risolvere l'eventuale conflitto tra più conduttori dello stesso bene immobile (art. 1380, 3° comma), purché, tuttavia, entrambe le locazio-

ni in conflitto siano soggette a trascrizione in quanto aventi durata superiore a nove anni. Nel caso in cui, invece, una delle locazioni abbia durata infranovennale, la legge stabilisce che il godimenti spetti *al contraente che per primo ha conseguito il godimento relativo alla cosa* (art. 1380, 1° comma, c.c.). Se nessuno dei contraenti ha conseguito il godimento, è preferito quello che ha il titolo di data certa anteriore (art. 1380, 2° comma, c.c.).

C) Sfuggono alla classificazione relativa alla natura *reale* o *obbligatoria* degli effetti, quegli atti che imprimono sui beni immobili particolari *vincoli*, dei quali la legge prevede la trascrizione.

Viene in rilievo, da questo punto di vista – oltre ai vincoli derivanti da sequestro o pignoramento (dei quali si è precedentemente detto) – la **cessione dei beni ai creditori** (art. 2649 c.c.), che determina – come è noto – un vincolo in favore dei cessionari incaricati della liquidazione di tutte o parte delle attività del debitore, rispetto ai quali *non hanno effetto le trascrizioni o iscrizioni di diritti acquistati verso il debitore, se eseguite dopo che la cessione è stata trascritta* (art. 2649, 2° comma, c.c.).

D) Nonostante la diversità dei rispettivi effetti (tale da non consentirne un inquadramento sistematico unitario), sono soggetti a trascrizione alcuni **atti relativi al regime patrimoniale della famiglia** (art. 2647 c.c.).

Si trascrive, anzitutto, se ha per oggetto beni immobili, la **costituzione del fondo patrimoniale**, compiuta dai coniugi o da un terzo. L'atto può essere ricondotto nella categoria di quelli che comportano vincoli di indisponibilità, posto che il bene oggetto del fondo patrimoniale, ai sensi dell'art. 167 c.c., è destinato *a far fronte ai bisogni della famiglia* e non può essere alienato, ipotecato o altrimenti vincolato *se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice... nei soli casi di necessità od utilità evidente* (art. 169 c.c.). Se il vincolo derivante dal fondo patrimoniale è costituito per testamento, la trascrizione deve essere eseguita dal conservatore d'ufficio, contemporaneamente alla trascrizione dell'acquisto a causa di morte (art. 2647, 3° comma, c.c.). La funzione della trascrizione, in tal caso, è di mera notizia, perché ai fini dell'opponibilità ai terzi occorre – come affermato dalle Sezioni Unite (sentenza 13 ottobre 2009, n. 21658) – l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio (art. 162, 4° comma, c.c.).

Si trascrivono le **convenzioni matrimoniali che escludono beni immobili dalla comunione tra i coniugi**. È evidente il riferimento alle convenzioni matrimoniali, con le quali i coniugi decidono di restringere convenzionalmente l'ambito oggettivo della comunione legale: in tal caso, la trascrizione della convenzione (che, ai sensi dell'art. 162 c.c., deve essere stipulata per atto pubblico a pena di nullità) consente ai terzi, che siano interessati a stipulare rapporti contrattuali relativi ai beni immobili oggetto della convenzione, di non richiedere il consenso (altrimenti necessario *ex* artt. 180 e 184 c.c.) di quel coniuge che, sulla base dei registri immobiliari, non risulti intestatario del bene stesso.

Anche **gli atti e i provvedimenti di scioglimento della comunione legale** devono essere trascritti per un fine di *pubblicità-notizia*: dal momento della trascrizione, infatti, i terzi possono legittimamente presumere che l'amministrazione e la facoltà di disposizione del bene immobile (cui si riferisce l'atto o il provvedimento trascritto) spettino esclusivamente al coniuge intestatario in base ai registri immobiliari (allo stesso modo, i creditori personali non saranno tenuti al vincolo di sussidiarietà *ex* art. 189 c.c.).

Peraltro, la trascrizione dell'atto o del provvedimento di scioglimento della comunione legale si rivela necessaria anche nel caso di bene cointestato *pro quota* ad entrambi i coniugi: infatti, mentre la comunione legale attribuisce al singolo coniuge il potere di disporre dell'intero bene

(salva l'azione di annullamento, promossa dal coniuge pretermesso nei termini precisati dall'art. 184 c.c.), lo scioglimento di detto regime implicherebbe – secondo l'opinione prevalente – l'applicazione, ai coniugi cointestatari del bene medesimo, della disciplina della comunione ordinaria (artt. 1100 ss. c.c.) e, pertanto, la necessità della partecipazione di entrambi a qualunque atto di disposizione.

Si è posto, inoltre, il problema del difetto di pubblicità di quella causa di reviviscenza del regime di comunione legale, consistente nella riconciliazione *di fatto* tra i coniugi: proprio la previsione dell'art. 2647 c.c. induce a ritenere che i terzi possano fare affidamento sulle risultanze dei registri immobiliari, fino a quando i coniugi non si determinino a richiedere l'*annotazione* della avvenuta riconciliazione ai sensi dell'art. 69, lett. *f*), d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, salva, in mancanza, la prova che i terzi stessi conoscessero comunque la circostanza della riconciliazione.

Si trascrivono, infine, gli **atti di acquisto di beni personali a norma delle lett. *c*), *d*), *e*) ed *f*) dell'art. 179 c.c.**

Tale ultima previsione è apparsa alla dottrina superflua. In effetti, l'esclusione dalla comunione legale dei beni immobili acquistati da uno dei coniugi ai sensi delle lett. *c*), *d*) ed *f*) già risulta dall'atto di acquisto, se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge, così come espressamente previsto dall'art. 179, 2° comma, c.c.: per accertare, dunque, la mancata inclusione del bene nella comunione legale è sufficiente l'ordinaria trascrizione dell'acquisto ai sensi dell'art. 2643 c.c. Ma – nonostante il mancato richiamo della fattispecie nel 2° comma dell'art. 179 c.c. – alla stessa conclusione sembra doversi pervenire anche per gli acquisti personali compiuti ai sensi dell'art. 179, lett. *e*), c.c.: la *causa* risarcitoria del trasferimento immobiliare risulta, infatti, parimenti dal titolo di acquisto, che sia stato ordinariamente trascritto, ai fini dell'opponibilità ai terzi, ai sensi dell'art. 2643 c.c.

La riprova della fondatezza di tale ragionamento si desume dal fatto stesso che il legislatore non abbia richiamato, nell'art. 2647 c.c., le fattispecie delle lett. *a*) e *b*), laddove – al pari di quanto si verifica nell'ipotesi della lett. *e*) – l'esclusione del bene dalla comunione legale discende pianamente dal titolo: se acquistato prima del matrimonio, il bene non può che essere bene personale del coniuge acquirente (lett. *a*); se acquisito per effetto di donazione o successione testamentaria (atti soggetti a trascrizione), l'esclusione dalla comunione legale è connessa alla natura del titolo: orbene, anche nell'art. 179, lett. *e*), c.c., emergerà dall'acquisto il trasferimento del diritto reale *a titolo di risarcimento del danno*.

5. La trascrizione delle domande giudiziali

Gli effetti giuridici, in relazione ai quali la legge prevede la trascrizione di atti e provvedimenti, possono essere oggetto di controversie giudiziarie.

Può accadere, ad esempio, che il contratto di compravendita di un bene immobile non sia esattamente adempiuto dall'acquirente (che non paghi il prezzo pattuito) e che, a causa di ciò, il venditore agisca per la risoluzione del contratto: in tal caso, l'eventuale accoglimento della domanda giudiziale di risoluzione determina l'estinzione *ex tunc* dell'effetto traslativo (in pratica, il venditore riacquista la titolarità del diritto reale). Sennonché, la durata del processo rischia di pregiudicare l'interesse del venditore-attore, giacché il compratore inadempiente – il quale, avendo trascritto il suo titolo di acquisto, risulta, rispetto ai terzi, come effettivo proprietario del bene – potrebbe alienare il bene stesso ad un terzo (subacquirente), ignaro della controversia avente ad oggetto l'adempimento del precedente contratto di compravendita.

L'esigenza di tutelare colui che miri, attraverso una domanda giudiziale, ad "incidere" (nel senso di *costituire*, *modificare* o *estinguere*) sugli effetti di un atto trascritto, ha indotto il legislatore a prevedere la trascrizione di numerose *"domande riguardanti atti soggetti a trascrizione"* (art. 2652 c.c.), così da portare a conoscenza dei terzi l'esistenza delle controversie giudiziarie, i cui esiti sono potenzialmente idonei a mutare la realtà giuridica risultante dai registri immobiliari. In tal modo, il provvedimento conclu-

sivo del processo – ad esempio, la sentenza che, accogliendo la domanda di risoluzione del contratto di compravendita immobiliare, rimuova l'efficacia del titolo traslativo – può essere opposto, sin dalla data di trascrizione della domanda, ai terzi che abbiano eventualmente acquistato diritti dal convenuto.

La funzione della trascrizione della domanda giudiziale è, dunque, quella di una "prenotazione" degli effetti della sentenza, che definisca la controversia giudiziale: qualora la domanda sia trascritta, gli effetti della sentenza possono essere opposti ai terzi a far tempo dalla trascrizione della domanda giudiziale. La trascrizione della domanda, infatti, allerta i terzi circa la pendenza giudiziaria ed esclude che essi possano asserirne la mancata conoscenza per contrapporre alla sentenza un loro precedente atto di acquisto o di vincolo sul bene.

Per impedire che la trascrizione di una domanda giudiziale, che si protragga per un tempo assai lungo, possa costituire un intralcio alla circolazione dei beni, il legislatore (art. 2668 *bis* c.c., introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69) ha previsto un **limite temporale di efficacia**, stabilendo che la trascrizione della domanda giudiziale conserva il suo effetto per venti anni dalla sua data, salvo che la trascrizione sia rinnovata prima della scadenza del termine.

Per ottenere la rinnovazione della trascrizione della domanda giudiziale, occorre presentare al Conservatore una nota in doppio originale conforme a quella della precedente trascrizione, in cui si dichiara che si intende rinnovare la trascrizione originaria. In luogo del titolo, è possibile presentare la nota precedente. Se, al tempo della rinnovazione, i diritti sui beni immobili risultano trasferiti agli eredi o aventi causa di colui contro il quale venne eseguita la trascrizione, la rinnovazione deve essere compiuta anche nei confronti degli eredi o aventi causa.

Il limite temporale di efficacia e la facoltà di rinnovazione della trascrizione sono stati previsti, altresì, per la trascrizione del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo dei beni immobili (art. 2668 *ter* c.c.)

Gli **artt. 2652-2653 c.c.** elencano tali domande soggette a trascrizione, con previsione anche in tal caso tassativa. L'art. 26 della l. 5 gennaio 1994, n. 25, introducendo un ultimo comma all'art. 2652 c.c., ha equiparato alla domanda giudiziale l'atto notificato, con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara all'altra, la propria intenzione di promuovere il **procedimento arbitrale**, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri.

Le fattispecie elencate dagli artt. 2652-2653 c.c. possono essere classificate in ragione del diverso grado di opponibilità della sentenza ai terzi che abbiano acquistato diritti dal convenuto-soccombente nel processo.

A) In alcune ipotesi, l'unico dato rilevante è costituito dal ***momento della trascrizione della domanda***, nel senso che **gli effetti della sentenza sono opponibili soltanto ai terzi che abbiano acquistato diritti con un atto trascritto o iscritto successivamente alla trascrizione della domanda giudiziale**.

È l'ipotesi, anzitutto, dell'art. 2652, n. 1, c.c., che, oltre alla **domanda di risoluzione del contratto**, prevede quella di **risoluzione della disposizione testamentaria** (art. 648 c.c.) **o della donazione** (art. 793, ult. comma, c.c.) **per inadempimento dell'onere**, le **domande di rescissione** (artt. 1447-1448 c.c.), le **domande di revocazione delle donazioni** (art. 800 ss. c.c.), nonché quelle **dirette a impugnare la rinuncia del chiamato alla successione in danno ai creditori** (art. 524 c.c.).

Vale la stessa regola nelle ipotesi previste dall'art. 2652, n. 2, c.c. (**domanda di esecuzione specifica di obbligo a contrarre**) e n. 3 (**domanda diretta a ottenere l'accertamento giudiziale della sottoscrizione di scritture private in cui è contenuto un atto soggetto a trascrizione o iscrizione**).

In questi casi, colui che abbia acquistato un diritto in base a un atto trascritto o iscritto *anteriormente* alla trascrizione della domanda giudiziale non avrà nulla da temere dagli effetti della sentenza che definisca la controversia tra il proprio dante causa e la controparte di quest'ultimo: la legge, infatti, presume *iuris et de iure* che egli abbia acquistato il suo diritto ignorando il vizio del precedente titolo di acquisto.

Così, ad esempio, se il proprietario Tizio promette di vendere a Caio il suo bene immobile e, dopo la promessa di vendita, concede ipoteca sullo stesso bene a Sempronio che iscrive il suo diritto, la successiva domanda di esecuzione in forma specifica, proposta e trascritta da Caio, non consentirà in alcun modo a quest'ultimo di opporre la sentenza costitutiva dell'obbligo a contrarre a Sempronio, con la conseguenza che l'ipoteca iscritta continuerà a gravare sul bene anche dopo il passaggio nel patrimonio di Caio.

In questa categoria possono essere comprese anche le domande di rivendicazione o di accertamento del diritto di proprietà o di altri diritti reali (art. 2653, n. 1, c.c.), la domanda di devoluzione del fondo enfiteutico (n. 2), le domande di separazione degli immobili dotali e di scioglimento della comunione tra coniugi (n. 4) e le domande che interrompono il corso dell'usucapione di beni immobili (n. 5).

Con riguardo, però, al gruppo di ipotesi previsto nell'art. 2653, n. 1, c.c., trattandosi di **azioni di natura reale**, i terzi che abbiano trascritto o iscritto titoli di acquisto prima della trascrizione della domanda, pur non potendo risentire degli effetti della sentenza di accoglimento della domanda, possono essere autonomamente convenuti in giudizio e risultare soccombenti nei confronti, ad esempio, di agisca in rivendicazione della proprietà del bene immobile.

B) In altri casi, l'anteriorità della trascrizione o iscrizione del titolo costitutivo del diritto non è sufficiente al terzo per opporre il suo acquisto a colui che abbia trascritto una domanda giudiziale: occorre, altresì, che il terzo abbia acquistato in ***buona fede***, e cioè ignorando effettivamente il vizio a fondamento della controversia giudiziaria che coinvolge il proprio dante causa. In questi casi, quindi, **la sentenza che accoglie la domanda non pregiudica soltanto i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda** (mentre pregiudica sia i diritti acquistati dai terzi in mala fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, sia i diritti *comunque* acquistati dai terzi in base a un atto trascritto o iscritto successivamente alla trascrizione della domanda).

È questa l'ipotesi prevista dall'art. 2652, n. 4, c.c., riguardante le **domande dirette all'accertamento della simulazione di atti soggetti a trascrizione**. Se colui che propone la domanda di simulazione riesce a provare che il terzo ha precedentemente acquistato e trascritto il suo titolo ben sapendo che la legittimazione del suo dante causa proveniva da un acquisto simulato, egli potrà opporre gli effetti favorevoli della sentenza di accertamento della simulazione, "travolgendo" l'acquisto del terzo nonostante la priorità della trascrizione di quest'ultimo.

È evidente come, in questo caso – a differenza delle ipotesi *sub A* – la legge tuteli maggiormente colui che agisca in giudizio per far valere il *vizio* di un titolo (che, nel caso di specie, consiste nella assoluta inefficacia dell'acquisto per simulazione del medesimo), consentendo l'opponibilità degli effetti della sentenza anche nei confronti di acquisti trascritti o iscritti anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale.

C) In una terza categoria rientrano quelle **ipotesi in cui gli effetti della sentenza non pregiudicano i soli diritti acquistati dai terzi *a titolo oneroso* dai terzi di *buona fede* in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda**.

È rilevante, pertanto – oltre alla condizione soggettiva di buona fede dell'acquirente – la ***natura onerosa o gratuita del titolo***: alle ragioni del terzo che, pur in buona fede, abbia acquistato a titolo gratuito (*qui certat de lucro captando*), la legge privilegia l'interesse di colui che, mediante l'impugnazione del titolo del dante causa, mira a evitare un pregiudizio alla propria sfera patrimoniale (*qui certat de damno vitando*).

L'ipotesi riconducibile a questa categoria è quella dell'art. 2652, n. 5, c.c., che prevede la trascrizione delle **domande di revoca degli atti soggetti a trascrizione, che siano stati compiuti in pregiudizio dei creditori** (art. 2901 c.c.).
Il terzo, cui si riferisce la norma, non è – ovviamente – *colui che abbia acquistato diritti dal debitore* (il quale è "parte" dell'atto oggetto di revocatoria e, conseguentemente, parte necessaria anche del giudizio di revocazione), bensì il successivo acquirente.
Altra ipotesi in parte rientrante in questa categoria è quella delle **domande dirette a far pronunziare l'annullamento per una causa diversa dell'incapacità legale** (art. 2652, n. 6, c.c., ultima parte), delle quali – per comodità espositiva – si dirà *sub D*.

D) Vi sono, infine, ipotesi nelle quali la legge attribuisce rilevanza al ***tempo trascorso dalla trascrizione dell'atto impugnato fino alla trascrizione della domanda giudiziale***, allo scopo di escludere che gli effetti della sentenza possano pregiudicare acquisti che, per quanto viziati, derivino da altri la cui trascrizione sia ormai risalente nel tempo.

Si pensi alla compravendita di un immobile affetta da nullità. Il contratto nullo – com'è noto – è assolutamente inefficace e tale inefficacia si riverbera anche sugli atti successivi, posti in essere dal compratore in favore di terzi subacquirenti. Se, dunque, Tizio vende a Caio in base a un contratto nullo, e Caio vende a Sempronio, quest'ultimo non consegue la titolarità di alcun diritto, perché il suo acquisto risente del difetto assoluto di legittimazione sostanziale del proprio dante causa (Caio), derivante dalla nullità della prima compravendita (il contratto di acquisto vale per Sempronio, se in buona fede, soltanto come titolo astrattamente idoneo ai fini dell'usucapione decennale dal momento della trascrizione dell'atto). Pertanto, l'azione con cui Tizio (o altro soggetto avente interesse ad agire) faccia valere la nullità del primo contratto, laddove seguita da sentenza di accertamento della nullità stessa, pregiudica anche l'acquisto di Sempronio.
Tuttavia, in presenza di atti trascritti, la legge ha ritenuto di "limitare nel tempo" l'efficacia della sentenza nei confronti del terzo (Sempronio), facendo salvo l'acquisto di quest'ultimo, qualora la trascrizione della prima compravendita (quella intercorsa tra Tizio e Caio) sia anteriore di oltre cinque anni rispetto alla trascrizione della domanda diretta a farne dichiarare la nullità, purché il terzo (Sempronio) abbia acquistato *in buona fede*, ignorando cioè il vizio che inficiava l'acquisto del proprio dante causa (art. 2652, n. 6, c.c.).
Con riferimento a quest'ipotesi, si parla di **trascrizione con funzione sanante**, giacché la trascrizione del secondo atto di acquisto – laddove siano trascorsi oltre cinque anni tra la trascrizione del primo atto di acquisto e la trascrizione della domanda diretta a farne valere la nullità – sana ogni vizio di inefficacia rendendo definitivamente inopponibile al terzo acquirente la nullità del precedente titolo.
Alle **domande di nullità** il legislatore ha equiparato le **domande di annullamento per incapacità legale** e **quelle dirette a impugnare la validità della trascrizione**.
Se, invece, si tratti di **domanda di annullamento diretta a far valere vizi del consenso o incapacità naturale di agire**, occorre distinguere a seconda che i terzi abbiano acquistato a *titolo gratuito* o a *titolo oneroso*. Nel primo caso, vale la stessa disciplina sopra descritta: la sentenza, che accoglie la domanda, non pregiudica i diritti acquistati in buona fede dai terzi, se tra la trascrizione dell'atto e quella della domanda di annullamento siano trascorsi oltre cinque anni. Nel caso, invece, di acquisti a titolo oneroso, non ha alcuna rilevanza il tempo intercorso tra la trascrizione dell'atto impugnato e la trascrizione della domanda e la disciplina è esattamente quella descritta *sub C*: la sentenza che pronuncia l'annullamento del contratto non pregiudica i diritti acquistati (a titolo oneroso) dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda (*a contrario*, sono pregiudicati i diritti acqui-

stati o *in mala fede* o *a titolo gratuito* e, in ogni caso, quelli *acquistati in base a un atto trascritto o iscritto dopo la trascrizione della domanda*).

Anche per le **domande con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte** (art. 2652, n. 7), i diritti del terzo (acquistati a qualunque titolo) sono fatti salvi, qualora siano trascorsi più di cinque anni tra l'acquisto a causa di morte e la domanda giudiziale, purché il terzo abbia acquistato in buona fede (la norma fa salvo, tuttavia, quanto previsto dal secondo e dal 3° comma dell'art. 534 relativamente ai diritti acquistati dall'erede apparente).

Nel caso di **domande di riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie per lesioni di legittima**, i diritti acquistati dai terzi non sono pregiudicati dalla sentenza di accoglimento della domanda in presenza di due contestuali requisiti: 1) che la trascrizione della domanda sia stata eseguita dopo dieci anni dall'apertura della successione; 2) che i terzi abbiano acquistato a titolo oneroso (art. 2652, n. 8, c.c.).

La disciplina prevista dall'art. 2652, n. 6, c.c. – che, come si è detto, attribuisce rilevanza al *quinquennio* trascorso tra la trascrizione dell'atto impugnato e la trascrizione della domanda giudiziale e alla *buona fede* del terzo all'atto dell'acquisto – si applica anche nel caso alle domande con le quali si introducono particolari mezzi di impugnazione di una sentenza soggetta a trascrizione. Invero, se, contro una sentenza soggetta a trascrizione, si propone **domanda di revocazione per le cause previste dai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.**, oppure **domanda di opposizione di terzo revocatoria** (art. 404, 2° comma, c.p.c.), gli effetti della sentenza non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda, purché quest'ultima sia avvenuta dopo cinque anni dalla trascrizione della sentenza impugnata (art. 2652, n. 9, c.c.).

Infine, un'ipotesi particolare è quella dell'art. 2653, n. 3, c.c., concernente **le domande e le dichiarazioni di riscatto nella vendita di beni immobili**. Una volta scaduto il termine per l'esercizio del riscatto, è possibile che il terzo acquisti diritti dal compratore e trascriva il titolo di acquisto: tali diritti restano salvi se la trascrizione della domanda o della dichiarazione di riscatto è eseguita *dopo* la trascrizione dell'acquisto del terzo e *dopo* sessanta giorni dalla scadenza del termine per l'esercizio del riscatto.

La **cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali** è eseguita nei casi indicati dall'art. 2668 c.c.:

a) quando è debitamente consentita dalle parti interessate;

b) quando è ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato;

Deve essere ordinata giudizialmente qualora la domanda sia rigettata oppure il processo si estingua per rinunzia o per inattività delle parti.

6. La trascrizione del contratto preliminare

L'art. 2645 *bis* c.c. (introdotto dall'art. 3, 1° comma, del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito, con modificazioni, nella l. 28 febbraio 1997, n. 30) prevede **la trascrizione dei contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 c.c., anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione**.

La norma prende atto della prassi ormai diffusa nel settore delle compravendite immobiliari, laddove la stipulazione dell'atto definitivo di compravendita è solitamente preceduta dalla conclusione di un contratto preliminare, in cui le parti fissano gli elementi essenziali dell'affare e, in particolare, il bene oggetto del futuro trasferimento e le modalità di pagamento. Nel caso di edifici da costruire o in corso di costruzione, la conclusione del contratto preliminare si pone come atto necessariamente prodromico al trasferimento definitivo, cui le parti addivengono soltanto in esito alla realizzazione dell'edificio stesso: ciò corrisponde sia all'esigenza del promissario acquirente di verificare la progressiva realizzazione dell'opera sia a quello del promittente venditore di ottenere acconti e vagliare la solvibilità del futuro acquirente.

La ***ratio* della disciplina** – come hanno ribadito anche le Sezioni Unite (sentenza 1° ottobre 2009, n. 21045) consiste nel tutelare il promissario-acquirente, che, all'atto della stipulazio-

ne del preliminare o comunque nelle more della stipulazione del contratto definitivo, abbia corrisposto in tutto o in parte il corrispettivo dovuto, contro l'eventualità che il promittente si sottragga all'adempimento dell'obbligazione assunta, ponendo in essere atti di disposizione del bene promesso, tali da rendere impossibile il successivo trasferimento dell'immobile.

La **discutibile scelta di limitare la trascrizione ai soli preliminari dei contratti di cui ai nn. 1, 2, 3, e 4 dell'art. 2643 c.c.**, attribuisce all'art. 2645 *bis* c.c. un più ridotto ambito applicativo rispetto all'art. 2652, n. 2, c.c., suscettibile di applicazione (oltre che ai preliminari che non risultino da atto pubblico, scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente, diversamente da quanto previsto dall'art. 2645 *bis*, 1° comma, c.c., ultima parte) a tutti i preliminari dei contratti previsti all'art. 2643: ciò ha indotto qualche interprete a prospettare l'illegittimità costituzionale della norma in questione, per contrasto con l'art. 3 Cost.

Gli effetti della trascrizione del contratto preliminare sono sottoposti, tuttavia, a termine: essi, infatti, si considerano come mai prodotti se *entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione predetta*, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale di cui all'art. 2652, 1° comma, n. 2, c.c.) (art. 2645 *bis*, 3° comma, c.c.).

La legge ha voluto limitare nel tempo gli effetti della trascrizione stessa, per non imporre vincoli troppo prolungati alla libertà dei traffici giuridici. Si è voluto impedire, così, che un soggetto fosse indotto a non acquistare un determinato bene, per la presenza di una trascrizione di un contratto preliminare, risalente, ad esempio, a dieci anni prima.

Se, tuttavia, nei termini di efficacia previsti dalla norma, il promissario acquirente decide di agire *ex* art. 2932 c.c., l'efficacia della trascrizione del preliminare resta in vigore fino alla sentenza che decida sulla domanda di esecuzione in forma specifica.

La previsione di un termine di efficacia della trascrizione (pur successivamente reiterata dal legislatore con l'introduzione dell'attuale art. 2668 *bis* c.c.) è stata ritenuta "eccentrica" rispetto ai canoni del sistema pubblicitario: mentre, infatti, normalmente l'estinzione degli effetti della trascrizione per il decorso del tempo costituisce soltanto la conseguenza della cessazione dell'efficacia dell'atto trascritto (sottoposto, ad esempio, a termine finale di efficacia), nel caso del contratto preliminare gli effetti della trascrizione possono cessare (nelle ipotesi previste dal 3° comma dell'art. 2645 *bis* c.c.) pur rimanendo il contratto valido ed efficace.

Il termine triennale di efficacia della trascrizione deve ritenersi sancito a pena di decadenza: pertanto, essendo la materia della trascrizione sottratta alla libera disponibilità delle parti, l'estinzione dell'efficacia è rilevabile d'ufficio da parte del giudice, che dovrà ordinare, in tal caso, la cancellazione della trascrizione ai sensi del 4° comma dell'art. 2668 c.c.

La norma prevede che **la trascrizione del contratto preliminare "prevale" sulle successive trascrizioni o iscrizioni, qualora – nei termini di efficacia sopra descritti – sia trascritto *il contratto definitivo* o *un altro atto che costituisca comunque esecuzione del preliminare trascritto*, ovvero *la sentenza che accoglie la domanda di esecuzione in forma specifica*** (art. 2645 *bis*, 2° comma, c.c.).

Il contrasto dottrinale in ordine al **significato dell'espressione *"un altro atto che costituisca comunque esecuzione del preliminare trascritto"*** si collega al fondamentale problema concernente la **funzione della trascrizione del contratto preliminare** e, in particolare, se tale trascrizione renda il contratto preliminare opponibile ai terzi secondo quanto previsto dall'art. 2644 c.c., oppure se essa consenta soltanto la "prenotazione" degli effetti del contratto definitivo (o dell'"altro atto" o della sentenza *ex* art. 2932 c.c.) secondo un meccanismo analogo a quanto esposto con riguardo alla trascrizione delle domande giudiziali.

A) Secondo una prima ricostruzione, con l'espressione "*atto* che costituisca comunque esecuzione del preliminare trascritto", il legislatore avrebbe inteso riferirsi a quei

contratti definitivi, che non riproducono pedissequamente il contenuto del preliminare, ma contengono talune difformità, relative, ad esempio, al prezzo, alle modalità di pagamento, o anche all'estensione o misura del bene (purché – in quest'ultimo caso – non vi sia mutamento dell'identità del bene oggetto di trascrizione).

Un dato normativo, in grado di confermare la fondatezza di tale tesi, può rinvenirsi nell'ultima parte del 5° comma dell'art. 2645 *bis* c.c., che espressamente precisa che non produce effetti la differenza di superficie o di quota, tra la previsione contenuta nel contratto preliminare e le porzioni materiali dell'edificio venuto ad esistenza, purché contenuta nei limiti di un ventesimo.

Secondo un'altra tesi, costituiscono "atti diversi" quei contratti che, pur non consistendo in compravendita, costituiscono comunque attuazione del regolamento di interessi contenuto nel preliminare: ad esempio, la transazione che preveda il trasferimento del bene oggetto del preliminare, o la permuta, che venga conclusa al posto della compravendita. Per beneficiare degli effetti della trascrizione del preliminare, in tal caso – secondo taluni – le parti avrebbero l'onere di dichiarare espressamente, nell'atto "diverso", che quest'ultimo è stipulato *in adempimento* del preliminare.

Una differente linea interpretativa è seguita da altri autori, secondo cui – poiché il legislatore quando parla di "atto" mostra in generale di richiamarsi ad un atto unilaterale (negoziale o no) – non potrebbe individuarsi nell'"atto di esecuzione del preliminare" un'eccezione a questa regola ed esso dovrebbe essere qualificato, pertanto, come atto *unilaterale*, di carattere non negoziale in quanto (atto) dovuto; un *modus adquirendi* unilaterale, dunque, che attuerebbe l'effetto traslativo della proprietà, a fronte di un consenso già manifestato con il preliminare che verrebbe così a costituire "l'unico vero accordo a carattere contrattuale".

Questa qualificazione si connette alla concezione, secondo la quale, anche nel nostro ordinamento (come in quello tedesco), sussisterebbe la distinzione tra negozi *fondamentali* (o *causali*) e negozi *di attribuzione patrimoniale*.

I primi sarebbero quelli effettivamente finalizzati a realizzare gli interessi economici delle parti, rispetto ai quali deve porsi il problema dei vizi o dell'assenza della causa.

Al contrario, i negozi di attribuzione patrimoniale non avrebbero, invece, un'autonoma giustificazione causale, ma troverebbero sempre il loro fondamento in un negozio causale "esterno": la validità di tali atti di attribuzione patrimoniale è sempre correlata all'elemento soggettivo consistente nello *scopo* di dare attuazione ad un negozio fondamentale (c.d. *expressio causae*). L'assenza di causa esterna rende *indebita* l'attribuzione, consentendo così al *solvens* di agire con l'azione di ripetizione dell'indebito (e non quella di rivendicazione), la quale – a differenza dell'azione *reale* di rivendicazione – incontra i limiti dell'art. 2038, 2° comma, c.c., nei confronti dei terzi subacquirenti.

B) A seconda che si aderisca o meno a tale ultima teoria – secondo cui il contratto preliminare costituisce un *negozio fondamentale*, rispetto al quale il contratto definitivo si pone come mero atto attributivo-esecutivo dell'effetto obbligatorio sancito dal preliminare – muta la funzione che si attribuisce alla trascrizione del preliminare stesso.

Secondo la tesi prevalente – così come la trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica "prenota" gli effetti della sentenza costitutiva dell'obbligo a contrarre (art. 2652, n. 2, c.c.), senza far retroagire gli effetti sostanziali prodotti dalla sentenza, ma rendendo semplicemente opponibili tali effetti ai terzi che abbiano trascritto o iscritto un loro diritto dopo la trascrizione della domanda – allo stesso modo, **la funzione della trascrizione del preliminare è quella di "prenotazione" degli effetti del contratto definitivo (o di altro atto o della sentenza *ex* art. 2932 c.c.)**. Il mancato rinvio all'art. 2644 c.c. (norma che – come si è detto – sancisce l'effetto tipico della

c.d. pubblicità dichiarativa), da parte dell'art. 2645 *bis* c.c., non consentirebbe, invece, alla trascrizione del contratto preliminare di determinare la risoluzione dei conflitti, tra più aventi causa dallo stesso autore, di diritti incompatibili fra loro.

La **cancellazione della trascrizione dei contratti preliminari** si deve eseguire quando sia debitamente consentita dalle parti interessate ovvero quando sia ordinata giudizialmente con sentenza passata in giudicato (art. 2668, ult. comma, c.c.).

In caso di mancata esecuzione del contratto preliminare, poi – prima della novella legislativa del 1997 – il promissario acquirente maturava un credito meramente *chirografario* alla restituzione delle somme versate al promittente venditore: per effetto della modifica legislativa del 1997 (che ha introdotto, sul punto, una fattispecie di efficacia costitutiva della trascrizione), i crediti del promissario acquirente, che abbia trascritto il preliminare, hanno **privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto** (art. 2775 *bis* c.c.), subordinato alla condizione che gli effetti della trascrizione siano ancora in atto al momento in cui si verificano gli eventi che costituiscono la causa del credito. Tale privilegio è collocato al n. 5 dell'ordine stabilito dall'art. 2780 c.c.

Il 2° comma dell'art. 2775-*bis* c.c. prevede che il privilegio *non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825* bis *c.c.*; ossia, ai creditori che abbiano iscritto ipoteca su un edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (artt. 38 ss.): tale ipoteca, peraltro, prevale sulla trascrizione **anteriore** del contratto preliminare *limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo eventualmente adeguata ai sensi dell'art. 39, comma 3, del citato d.lgs. n. 385 del 1993*, con l'ulteriore precisazione che *se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare*. Quest'ultima disposizione mira a contemperare la tutela del terzo acquirente con quella dei terzi che abbiano concesso finanziamenti per l'acquisto o la costruzione dell'immobile promesso in vendita, in conformità con le finalità perseguite dalla l. n. 30 del 1997, che consistono tra l'altro nel promuovere la realizzazione e l'acquisto della prima casa di abitazione.

È sorto, tuttavia, in giurisprudenza il problema di stabilire **se il privilegio immobiliare del promissario acquirente prevalga sull'ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice trascritta *precedentemente* alla trascrizione del contratto preliminare**, in conformità alla regola generale dell'art. 2748, 2° comma, c.c. di prevalenza del privilegio sull'ipoteca. Risolvendo il relativo contrasto, Cass., sez. un., 1° ottobre 2009, n. 21045 ha sancito che il privilegio speciale dei crediti del promissario acquirente, siccome subordinato alla trascrizione *costitutiva*, è sottratto alla predetta regola generale e soggiace al principio di prevalenza della precedente trascrizione. Di conseguenza, se il contratto preliminare risulti trascritto successivamente all'ipoteca, il credito garantito da quest'ultima prevarrà sul credito del promissario acquirente conseguente alla mancata esecuzione del preliminare.

La trascrizione del contratto preliminare (i cui effetti siano ancora vigenti) consente, infine – nell'ipotesi di **fallimento del promittente venditore** – al promissario acquirente:

a) il diritto all'esecuzione del contratto e alla stipula del contratto definitivo, purché avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado (art. 72, 8° comma, l. fall.);

b) in caso di scioglimento del contratto per esercizio della facoltà di recesso da parte del curatore fallimentare, il privilegio *ex* art. 2775 *bis* c.c. sulle somme dovute in restituzione, escluso il diritto al risarcimento del danno (art. 72, 7° comma, l. fall.).

7. La trascrizione dell'atto di destinazione patrimoniale

L'art. 2645 *ter* c.c. (introdotto dall'art. 39 *novies* della l. 23 febbraio 2006, n. 51, di conversione del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273) dispone la **trascrizione degli atti in**

forma pubblica con cui beni immobili o mobili registrati sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla **realizzazione di interessi meritevoli di tutela** riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, 2° comma, c.c.

Tale disposizione, controversa e mal redatta (si pensi al riferimento ai beni mobili registrati al di fuori del Capo III), non regola soltanto il profilo pubblicitario dell'atto di destinazione, ma contiene gli aspetti sostanziali della fattispecie del c.d. "atto di destinazione".

Si può affermare che il legislatore – introducendo l'art. 2645 *ter* c.c. – ha inteso consentire che ad una specifica destinazione di beni possa conseguire, in virtù della pubblicità data allo scopo perseguito, un effetto di **segregazione patrimoniale**, nel senso che i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per tale scopo.

Mentre, in precedenza, il legislatore aveva previsto soltanto specifiche fattispecie di vincoli di destinazione di beni opponibili *erga omnes* (il fondo patrimoniale: art. 167 c.c.; il patrimonio destinato a uno specifico affare: art. 2447 *bis* c.c.), con l'art. 2645 *ter* c.c. è stata dettata una sorta di "**norma in bianco**" che consente a ciascuno di stabilire che propri beni (immobili o mobili registrati) possano essere utilizzati (in modo diretto o indiretto) per realizzare determinati interessi meritevoli di tutela, tra i quali sono menzionati esemplificativamente quelli riferibili a persone con disabilità o a pubbliche amministrazioni (per la nozione di «interessi meritevoli di tutela», v. Diritto Privato, 1, Cap. IV, Sez. III, IV, § 3.1).

La norma prevede che possono essere trascritti i vincoli di destinazione stipulati con **atto pubblico**. In deroga all'art. 2657 c.c., pertanto, non è consentita la trascrizione di atti di destinazione che siano contenuti in scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente.

Non è chiaro, tuttavia, se la forma pubblica sia prevista *ad substantiam* ovvero *ad transcriptionem*, sicché l'assenza di questa formalità renda l'atto nullo o soltanto non trascrivibile. Nonostante alcune opinioni contrarie, appare preferibile ritenere che la forma pubblica sia prevista per la validità, posto che, da un lato, non si riscontrano altri atti la cui formalità pubblica sia prevista ai soli fini della trascrizione e, dall'altro, la forma *ad transcriptionem* presupporrebbe la configurabilità (invero, dubbia) di un vincolo di destinazione valido, ancorché inefficace, prima della trascrizione.

Il vincolo di destinazione può accompagnarsi o no a un atto di alienazione: nel primo caso (c.d. destinazione *dinamica*), il conferente trasferisce la proprietà dei beni ad altro soggetto (analogamente a ciò che può avvenire per la costituzione del fondo patrimoniale); nel secondo (destinazione *statica*), invece, la segregazione patrimoniale opera all'interno del patrimonio del conferente. In entrambi i casi, i creditori del conferente, che si ritengano pregiudicati dalla costituzione del vincolo di destinazione, possono esperire l'azione revocatoria (art. 2901 c.c.).

Per dirimere i **conflitti fra creditori**, l'art. 2645 *ter* c.c. rinvia all'art. 2915, 1° comma, c.c. Pertanto, i creditori, anche per crediti posteriori all'atto di destinazione e pure se estranei allo scopo della stessa, potranno legittimamente soddisfarsi se abbiano trascritto il pignoramento prima della trascrizione del vincolo di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c.: l'atto di destinazione, infatti, in tal caso – per quanto valido ed efficace sul piano sostanziale – non sarà opponibile ai creditori che abbiano precedentemente tra-

scritto il pignoramento. Al contrario, i creditori per crediti anche anteriori al sorgere del patrimonio separato non potranno agire esecutivamente sui beni destinati qualora abbiano trascritto il pignoramento *dopo* la trascrizione dell'atto di destinazione.

Inoltre, dopo la trascrizione, i creditori per titolo inerente allo scopo della destinazione possono aggredire soltanto i beni destinati e non potranno agire, invece, sugli altri beni appartenenti al soggetto che ha contratto l'obbligazione nei loro confronti; saranno inefficaci, a loro volta, gli atti esecutivi compiuti sui beni destinati da parte degli altri creditori per titolo estraneo allo scopo della destinazione.

Poiché è l'esecuzione della trascrizione a determinare l'opponibilità del vincolo ai creditori – nel pur ampio panorama di opinioni espresse, sul punto, in dottrina – può ritenersi che la **funzione della trascrizione** sia di tipo costitutivo.

Per la realizzazione dello scopo di destinazione, la **legittimazione ad agire** spetta sia al conferente sia a qualunque interessato.

Il vincolo di destinazione ha un **limite temporale**: non può essere superiore ai novanta anni o alla durata della vita del beneficiario.

Con l'introduzione dell'atto di destinazione il legislatore intendeva verosimilmente risolvere il problema dell'ammissibilità del ***trust*** nel nostro ordinamento. Parte della dottrina ritiene, invero, che, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 2645 *ter* c.c., possa essere stipulato un *trust* che presenti le caratteristiche dell'atto di di destinazione (v. Diritto Privato, 1, Cap. IV, Sez. III, IV, § 4).

Con riferimento alla trascrivibilità del *trust* internazionale (quello costituito secondo le leggi di un ordinamento che conosca e disciplini tale istituto) – già prima dell'art. 2645 *ter* c.c. – parte della giurisprudenza di merito si era espressa in senso affermativo, interpretando l'art. 12 della Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985 (ratificata con l. 19 ottobre 1992 n. 364) – che consente al *trustee* di *to register assets* – come norma che consentirebbe la trascrizione del *trust.*

Chi riteneva ammissibile, altresì, il c.d. *trust* interno (quello caratterizzato da elementi strutturali – costituente, beneficiario, beni – tutti italiani), parimenti ne sosteneva la trascrivibilità, ritenendo che la sua costituzione configurasse un effetto analogo al trasferimento della proprietà (trascrivibile, quindi, ai sensi dell'art. 2645 c.c., in relazione con l'art. 2643, n. 1, c.c.).

In senso contrario, tuttavia, si osservava che la Convenzione dell'Aja non può derogare alle norme pubblicitarie in assenza di una legge attuativa, come sancisce l'art. 12 della stessa Convenzione. Inoltre, ai sensi dell'art. 2645 c.c., debbono trascriversi i soli atti i cui effetti siano identici (e non semplicemente analoghi) a quelli previsti all'art. 2643 c.c.; né l'art. 2645 c.c. rinvia all'art. 2647 c.c., impedendo così la trascrizione di atti che, analogamente al fondo patrimoniale, comportino un "patrimonio separato".

Con l'introduzione dell'art. 2645 *ter* c.c., ritenendo il *trust* una specifica figura di vincolo di destinazione, l'orientamento favorevole all'ammissibilità del *trust* interno e alla sua trascrivibilità si è, tuttavia, rafforzato.

Ritenendo, al contrario, che l'atto di destinazione costituisca una figura diversa dal *trust* e che quest'ultimo possa essere riconosciuto in Italia soltanto ove presenti gli elementi di internazionalità riconducibili alla Convenzione dell'Aja, deve essere negata l'ammissibilità del c.d. *trust* interno e, di conseguenza, la sua trascrivibilità. Tale più rigoroso orientamento dottrinale e giurisprudenziale sottolinea, pertanto, che *trust* e atto di destinazione restano due istituti giuridici differenti e che il principio di *tassatività* degli atti trascrivibili resta ostativo all'ammissibilità della trascrizione del c.d. *trust* interno.

8. La trascrizione degli acquisti a titolo originario

La trascrizione – come si è ribadito – non ha efficacia sostanziale; essa non incide, cioè, sulla *titolarità del diritto*.

Nonostante, quindi, le risultanze dei registri immobiliari, può accadere che un bene immobile sia acquistato a titolo originario (usucapione) da un soggetto diverso dal forma-

le intestatario e che, in mancanza di trascrizione di detto acquisto, i terzi ignorino che l'attuale proprietario del bene è soggetto diverso da colui che tale risulti sulla base della catena ininterrotta delle trascrizioni. In tal caso, l'acquisto a titolo originario, per quanto non trascritto, prevale anche sui successivi acquisti a titolo derivativo, compiuti dai terzi che abbiano contrattato con colui che "appariva" proprietario dai registri immobiliari.

Tuttavia, in conformità al principio di continuità delle trascrizioni, l'**art. 2651 c.c.** stabilisce che "si devono trascrivere le sentenze da cui risulta estinto per prescrizione o acquistato per usucapione ovvero in altro modo non soggetto a trascrizione uno dei diritti indicati dai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 2643". La norma – a differenza dell'art. 2643, n. 14, c.c. (che concerne le sentenze "costitutive" dei diritti previsti dai precedenti numeri dell'articolo) – si riferisce alle **sentenze dichiarative** del diritto reale, la cui trascrizione ha la sola funzione di pubblicità-notizia.

Tra l'acquisto a titolo derivativo in favore di Caio (avente causa di Tizio) e la sentenza che accerta l'usucapione del bene in favore di Sempronio non opera, quindi, l'art. 2644 c.c.: l'acquisto di Sempronio prevale, infatti, anche qualora la sentenza sia trascritta dopo l'acquisto di Caio.

Tale prevalenza assoluta dell'acquisto a titolo originario rispetto agli acquisti a titolo derivativo ha indotto talvolta la giurisprudenza a ritenere superflua (o, addirittura, inammissibile) la trascrizione della domanda diretta a fare accertare l'avvenuto acquisto a titolo originario della proprietà del bene immobile. Ma si tratta di una conclusione che non può essere condivisa: in primo luogo, soccorre il dato normativo dell'art. 2653, n. 1, c.c., che espressamente sancisce la trascrizione delle domande dirette all'accertamento dei diritti reali immobiliari (con l'effetto dell'opponibilità della sentenza agli aventi causa del convenuto); in secondo luogo, la trascrizione della domanda di accertamento rende edotti i terzi del fatto che colui che risulta intestatario sulla base della serie continua degli acquisti a titolo derivativo possa non essere più proprietario del bene (così, ad esempio, nell'ipotesi di prelazione agraria del proprietario confinante, la trascrizione della domanda di accertamento dell'usucapione del fondo confinante può consentire all'alienante di notificare la proposta di alienazione all'effettivo proprietario e non semplicemente al formale intestatario).

Anche in difetto dell'accertamento giudiziale dell'acquisto a titolo originario non può escludersi, peraltro, che il proprietario a titolo originario (colui che abbia posseduto per il tempo e con i requisiti utili per l'usucapione) **abbia facoltà di disporre del suo diritto in favore di un terzo, il quale possa trascrivere il suo acquisto**. Infatti, gli effetti ricollegati dalla legge alla mancata trascrizione in favore dell'alienante del precedente titolo di acquisto (inefficacia temporanea della trascrizione del successivo acquisto sino al momento dell'avvenuta regolarizzazione: art. 2650, 1° comma, c.c.) riguardano soltanto l'acquisto a titolo derivativo e non quello a titolo originario, sul quale si fondi il diritto (e la relativa facoltà di disposizione) dell'alienante.

9. Il procedimento

Si può procedere a trascrizione soltanto sulla base di un **titolo costituito da sentenza, atto pubblico o scrittura privata autenticata** (art. 2657 c.c.). Se l'atto consiste, invece, in **scrittura privata con sottoscrizione non autenticata** e una delle due parti rifiuta l'autenticazione della sottoscrizione, l'altra parte può proporre azione per l'accertamento giudiziale della sottoscrizione e trascrivere la relativa domanda (art. 2652, n. 3, c.c.): una volta ottenuta la sentenza di accertamento della sottoscrizione, la parte può ottenere la trascrizione dell'atto unitamente alla sentenza e gli effetti decorreranno dalla trascrizione della domanda giudiziale.

L'atto introduttivo del procedimento di trascrizione consiste in una domanda, rivolta al conservatore dei registri immobiliari, con la quale la parte richiedente deve presentare una copia autenticata dell'atto pubblico o della sentenza (art. 2658 c.c.). Se si tratta di scrittura privata, la parte deve presentare l'originale, salvo che questo si trovi depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio: in questo caso, basta la presentazione di una copia autenticata dall'archivista o dal notaio, dalla quale risulti che la scrittura ha i requisiti dell'autenticazione o dell'accertamento giudiziale (art. 2658, 1° comma, c.c.).

Per la trascrizione di una domanda giudiziale occorre presentare copia autentica del documento che la contiene, munito della relazione di notifica alla controparte (art. 2658, 2° comma, c.c.).

Il procedimento si diversifica a seconda che si richieda la trascrizione di un *atto tra vivi* o di un *acquisto a causa di morte*.

Nel primo caso, chi domanda la trascrizione deve presentare al conservatore dei registri immobiliari, insieme con la copia del titolo, la c.d. **nota di trascrizione** (in doppio originale), nella quale devono essere indicati (art. 2659 c.c.):

1) i **dati relativi alle parti** dell'atto di cui si domanda la trascrizione;

Per le **persone fisiche**, occorre indicare *il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il numero di codice fiscale delle parti, nonché il regime patrimoniale delle stesse se coniugate*.

Per le **persone giuridiche**, le **società di persone** e le **associazioni non riconosciute**, occorre indicare la denominazione o la ragione sociale, la sede e il numero di codice fiscale. Per le società semplice e per le associazioni non riconosciute, oltre ai predetti dati, occorre indicare, altresì, le generalità delle persone che le rappresentano secondo l'atto costitutivo. Tale ultima previsione è stata introdotta dall'art. 1 della l. 27 febbraio 1985, n. 52, che ha così definitivamente chiarito come anche gli enti collettivi non muniti di personalità giuridica possano essere titolari di diritti reali immobiliari e beneficiare del relativo regime di trascrizione degli atti.

2) il **titolo** di cui si chiede la trascrizione e la **data** del medesimo;

3) i dati relativi al **pubblico ufficiale**, che ha ricevuto l'atto o autenticato le firme, o dell'**autorità giudiziaria**, che ha pronunciato la sentenza;

4) la natura e la situazione dei **beni** a cui si riferisce il titolo.

Come si è detto, se si tratti di bene esistente o di fabbricato in corso di costruzione, occorrono le indicazioni richieste dall'art. 2826 c.c. (natura del bene, comune in cui si trova, dati di identificazione catastale; per i fabbricati in corso di costruzione, devono essere indicati i dati di identificazione catastale del terreno su cui insistono). Nel caso previsto dall'art. 2645 *bis*, 4° comma, c.c. (*supra*, § 4), occorre indicare, altresì, la superficie e la quota espressa in millesimi.

Il **contenuto eventuale** della nota di trascrizione concerne l'indicazione del **termine** o della **condizione**, cui sia sottoposto l'acquisto, la rinuncia o la modificazione del diritto. La menzione della condizione o del termine non è necessaria, invece, se, al momento in cui l'atto si trascrive, la condizione sospensiva si è verificata o la condizione risolutiva è mancata ovvero il termine iniziale è scaduto.

Nel caso di **acquisto a causa di morte** (artt. 2660, 2661 e 2662 c.c.), invece, con la domanda di trascrizione devono essere presentati i documenti che attestano la legittimazione successoria del richiedente e una nota contenente indicazioni analoghe a quelle sopra descritte per gli acquisti *inter vivos*, con le precisazioni afferenti alla successione.

Le eventuali omissioni o inesattezze di alcuna delle indicazioni richieste nelle note di trascrizione non nuocciono alla validità della trascrizione, salvo che inducano incertezza sulle persone, sul bene o sul rapporto giuridico a cui si riferisce l'atto, la sentenza o la domanda oggetto di trascrizione (art. 2665 c.c.).

Il **soggetto richiedente** è, di regola, colui che, essendo beneficiario degli effetti del titolo, è

interessato alla trascrizione. La legge prevede, tuttavia, casi nei quali determinati soggetti, diversi dalle parti dell'atto, hanno l'obbligo di curare la trascrizione.

In primo luogo, nel caso di atto ricevuto o autenticato, il **notaio** o l'altro **pubblico ufficiale** ha l'obbligo di richiedere la trascrizione nel più breve tempo possibile: in caso di ritardo, è tenuto al risarcimento del danno; se lascia trascorrere trenta giorni sono previste sanzioni amministrative pecuniarie (art. 2671 c.c.; art. 6, 1° comma, d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347). Lo stesso obbligo grava sul **cancelliere** per gli atti e provvedimenti soggetti a trascrizione da lui ricevuti o ai quali ha comunque partecipato (art. 6, 2° comma, d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 347).

Nel caso di atti compiuti da persone incapaci, il **rappresentante legale**, il **tutore** o il **curatore** hanno l'obbligo di curare che la trascrizione sia eseguita. Qualora non adempiano a quest'obbligo, essi sono tenuti al risarcimento del danno nei confronti dell'incapace e né essi né i loro eredi possono far valere a proprio vantaggio la mancata trascrizione del titolo (art. 2667 c.c.).

Una volta ricevuti il titolo e la nota di trascrizione, il conservatore dei registri immobiliari li inserisce rispettivamente in appositi **registri generali**, attribuendo loro un **numero progressivo**, che rileva al fine di stabilire l'anteriorità o la posteriorità della trascrizione di un atto rispetto a quella di altro atto (art. 2664 c.c.). Il conservatore restituisce, poi, al richiedente uno degli originali della nota, nel quale deve certificare l'eseguita trascrizione con le indicazioni del giorno di consegna del titolo e del numero progressivo assegnato. Proprio per la particolare rilevanza della priorità di una trascrizione rispetto ad altra, la legge stabilisce gli orari di apertura al pubblico delle conservatorie (l'art. 24, l. 27 febbraio 1985, n. 52, fissa l'orario dalle 8 alle 12 dei giorni feriali; fino alle ore 11 nell'ultimo giorno lavorativo del mese) e sancisce espressamente che il conservatore non possa ricevere alcuna domanda di trascrizione o di iscrizione in ore diverse da quelle di apertura dell'ufficio al pubblico.

Oltre al registro generale, esistono registri particolari per ciascuna tipologia di pubblicità: il registro delle trascrizioni; il registro delle iscrizioni e il registro delle annotazioni (art. 2679 c.c.).

Il conservatore dei registri immobiliari non può ricusare o ritardare di ricevere la consegna dei titoli presentati e di eseguire le trascrizioni, iscrizioni o annotazioni richieste, nonché di spedire le copie o i certificati. Le parti possono far stendere immediatamente verbale del rifiuto o del ritardo da un notaio o da un ufficiale giudiziario assistito da due testimoni (art. 2674, 2° comma, c.c.).

Tuttavia, se le note o i titoli non sono in carattere intelligibile, il conservatore dei registri immobiliari *può* ricusare di riceverli. *Non può* ricevere il titolo quando non presenta i requisiti stabiliti dalla legge (artt. 2657, 2660, 1° comma, 2821, 2835 e 2837 c.c.) o non è presentato con le modalità previste dall'art. 2658 c.c.; allo stesso modo, *non può* ricevere la nota che non contenga le indicazioni prescritte dagli artt. 2659, 2660 e 2839, nn. 1, 3, 4 e 7 (art. 2674, 1° comma, c.c.).

Nel caso in cui non riceva i titoli o le note, il conservatore indica sulle note i motivi del rifiuto e restituisce uno degli originali alla parte richiedente, la quale può adire, ai sensi dell'art. 745 c.p.c., il Presidente del tribunale, il quale, sentito il conservatore, provvede con decreto sulla legittimità del rifiuto o del ritardo. Il pubblico ministero comunica al Ministero della Giustizia e al Ministero delle Finanze la decisione adottata (art. 113 *bis* disp. att. c.c.).

Un problema diverso dai casi in cui il conservatore non può ricevere i titoli o le note che vengono presentati è quello relativo al *dubbio* sulla trascrivibilità di un atto o sull'iscrivibilità di un'ipoteca. In tale ipotesi, se il conservatore rifiutasse, puramente e semplicemente, la trascrizione o l'iscrizione, la parte rischierebbe, qualora il dubbio si rivelasse infondato in seguito all'impugnazione del rifiuto, il pregiudizio derivante dall'acquisizione di un numero progressivo di trascrizione o di iscrizione successivo a quello che sarebbe stato ottenuto al momento della presentazione del titolo. Per prevenire un tale inconveniente, il legislatore del 1985 ha introdotto l'istituto della **trascrizione o iscrizione *con riserva***, che il conservatore esegue, su istanza della parte richiedente, qualora emergano *gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità di un atto* (art. 2674 *bis*

c.c.). Una volta ottenuta la trascrizione con riserva, la parte a favore della quale è stata eseguita la formalità deve proporre **reclamo**, nel termine perentorio di trenta giorni, con ricorso davanti al tribunale nella cui circoscrizione è stabilita la conservatoria. Il procedimento, che si svolge in camera di consiglio, prevede il contraddittorio con il conservatore e le altre eventuali parti interessate. Contro il decreto motivato del tribunale (immediatamente esecutivo) si può proporre reclamo avanti alla corte d'appello. A margine della formalità eseguita con riserva, il conservatore annota la proposizione del reclamo, il decreto del tribunale e l'eventuale decreto definitivo della corte d'appello. Quando il reclamo non è proposto o è rigettato definitivamente, la formalità perde ogni effetto (art. 113 *ter* disp. att. c.c.). Al contrario, l'accoglimento del reclamo attribuisce efficacia alla trascrizione a far tempo dall'esecuzione della formalità con riserva.

Per gli eventuali **danni cagionati dal conservatore**, a causa dell'inadempimento dei descritti obblighi sanciti dalla legge (anche senza dolo o colpa grave), risponde il Ministero delle Finanze (art. 6, l. 21 gennaio 1983, n. 22, che ha così sostituito il precedente regime di responsabilità diretta del conservatore).

10. La trascrizione degli atti relativi ad alcuni beni mobili

Il codice civile prevede un sistema di pubblicità anche relativamente alle **navi**, agli **aeromobili** e agli **autoveicoli**.

Gli atti relativi a tali beni sono soggetti a trascrizione per gli **effetti di cui all'art. 2644 c.c.** e – come in precedenza accennato – **la trascrizione è a base reale**, poiché eseguita con immediato riferimento al bene e non al soggetto titolare del diritto reale su di esso.

In ragione della natura dei beni, sono soggetti a trascrizione soltanto gli atti indicati dall'art. 2684 c.c. (che contiene un'elencazione più ridotta rispetto a quella dell'art. 2643 c.c.). Sono parimenti soggette a trascrizione le sentenze, che producono il medesimo effetto degli atti di cui all'art. 2684 c.c., nonché le domande giudiziali che ad essi si riferiscano.

Anche per tali beni, vale il **principio di continuità delle trascrizioni** (art. 2688 c.c.). Pertanto, oltre agli atti indicati dall'art. 2685 c.c., devono essere trascritte, altresì, le sentenze di accertamento degli acquisti per usucapione (art. 2689 c.c.).

Il codice fa espressamente rinvio alle disposizioni contenute in leggi speciali e, in particolari, nel codice della navigazione (art. 2694 c.c.). Per i beni mobili, diversi da quelli sopra indicati, per i quali sia prevista la trascrizione, si osservano le disposizioni delle leggi speciali che li riguardano (art. 2696 c.c.).

IL POSSESSO

I. NOZIONI GENERALI

1. Definizione ed elementi costitutivi

Il possesso – secondo la definizione contenuta nell'art. 1140 c.c. – **è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale**.

Si tratta di una ***situazione di fatto***, alla quale può corrispondere o meno la situazione di diritto consistente nella titolarità del diritto reale. È possessore, quindi, anche colui che eserciti il potere di fatto sulla cosa senza un pregresso acquisto (a titolo originario o derivativo) del diritto reale sulla cosa stessa o, addirittura, in seguito all'illecita acquisizione di essa.

In dottrina sono state fornite varie spiegazioni per giustificare la tutela legislativa del materiale esercizio, in sé e per sé considerato, delle facoltà che costituiscono il contenuto del diritto reale.

Alcuni hanno sostenuto una sorta di **presunzione di legittimità** del potere di fatto esercitato dal possessore: presunzione derivante dall'esperienza pratica, che dovrebbe dimostrare che chi si serve di una cosa normalmente ne ha il diritto.

Secondo altri, la situazione di possesso, in quanto esistente, dovrebbe avere, almeno temporaneamente, la meglio su quella di chi si limiti all'affermazione di un diritto sulla cosa, ancora tutto da dimostrare (secondo il principio per cui ***melior est condicio possidentis***).

La prospettiva maggiormente condivisa richiama, invece, a fondamento della tutela possessoria, **ragioni di ordine pubblico e di salvaguardia della pace sociale**: se non si tutelasse il possesso *di per sé*, si consentirebbe a chi afferma di avere un diritto sulla cosa di farlo valere con la forza contro chi ha, in quel momento, la cosa in suo "potere". La tutela possessoria impedisce, pertanto, l'esercizio violento delle proprie ragioni (*ne cives ad arma ruant*).

Il possessore può reagire contro colui che, violentemente o clandestinamente, lo privi del possesso, promuovendo l'**azione di reintegrazione** entro un anno dal sofferto spoglio (art. 1168, 1° comma, c.c.). Egli è tutelato, altresì, nei confronti di chi si limiti a molestare il suo possesso, agendo con l'**azione di manutenzione** (art. 1170 c.c.).

L'azione di reintegrazione è concessa anche al mero detentore della *res* (salvo che si tratti di detenzione per ragioni di servizio o di ospitalità), ma i limiti di tale tutela mutano a seconda della natura della detenzione (*infra*, § 2).

Controversa, in dottrina, è anche la **natura giuridica del possesso**, rispetto alla quale si è parlato di diritto affievolito, di interesse legittimo e di situazione a sé stante. Considerata la possibile evoluzione del possesso nella titolarità effettiva della situazione giuridica, ad immagine della quale esso si configura, deve essere condivisa la qualificazione in termini di **aspettativa**.

In conformità alla tradizione romana e alle origini dell'istituto, due sono gli elementi costitutivi del possesso:

a) il ***corpus***, che consiste nella relazione di fatto con la cosa, cui espressamente si riferisce l'art. 1140 c.c. (elemento oggettivo);

b) l'***animus rem sibi habendi***, cioè l'intenzione di tenere la cosa ad immagine di un diritto reale (elemento soggettivo).

Alla concezione romanistica del possesso, peraltro, si contrappone la tradizione germanica della *Gewere*, per la quale l'unico elemento costitutivo è quello della relazione materiale con la cosa, caratterizzata soltanto da un minimo elemento volontaristico e utilitaristico. Secondo questa concezione, non è possibile distinguere a seconda dell'*immagine* del diritto palesata dall'attività esplicata sul bene; conseguentemente, finiscono col porsi sullo stesso piano situazioni di vario tipo, riconducibili anche alla categoria giuridica della mera detenzione.

La concezione soggettiva del possesso – quella secondo cui, oltre all'elemento del *corpus*, occorre individuare l'aspetto psicologico dell'*animus* – è accolta, nel nostro ordinamento, dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina. Altri autori, tuttavia, osservano criticamente come l'elemento psicologico debba ritenersi del tutto irrilevante a fronte del titolo che qualifica la relazione materiale con la cosa; tanto più che l'elemento volontaristico rischia di negare la capacità di possedere ai soggetti incapaci o incoscienti.

A) Il *corpus* – cioè, il "potere di fatto" sulla cosa – può mutare le sue caratteristiche e la sua intensità a seconda della natura del bene oggetto di possesso. Nel caso di beni immobili, ad esempio, l'utilizzazione per il solo mese delle vacanze non priva il proprietario del possesso del bene per il resto dell'anno.

Il potere di fatto sulla cosa può essere oggetto di una diretta **apprensione materiale** da parte del soggetto interessato, oppure può derivare dalla **consegna** che altri faccia della cosa (ad esempio, in seguito alla conclusione di un contratto di compravendita) e, in quest'ultimo caso, possono configurarsi forme del tutto simboliche di trasmissione del possesso (ad esempio, la consegna delle sole chiavi di accesso nell'immobile).

La relazione materiale, oltre che *diretta* (nel caso in cui il possessore abbia nella sua personale disponibilità la cosa), può essere anche *indiretta*, qualora sia attuata attraverso un altro soggetto (detentore) il quale, pur avendo il contatto con la *res*, non eserciti il suo potere *ad immagine* di un diritto reale. Si parla, allora, di **possesso mediato** e proprio a siffatta situazione si riferisce l'art. 1140, 2° comma, allorché statuisce che *si può possedere direttamente o per mezzo di altra persona che ha la detenzione della cosa*.

B) L'*animus possidendi* (o *animus rem sibi habendi*) – come si è detto – consiste nell'elemento psicologico, che caratterizza il potere di fatto sulla cosa. Se Tizio utilizza, ad esempio, un'autovettura nella consapevolezza (che può essere anche erronea) di custodirla nell'interesse altrui, egli non può essere ritenuto possessore, stante il difetto della volontà di utilizzare la cosa *come propria*; qualora, invece, egli utilizzi la cosa convinto di averla acquistata dal precedente proprietario, tale consapevolezza integra l'*animus possidendi* e, pertanto, il suo potere di fatto deve essere qualificato come possesso.

Il possesso può essere esercitato da un solo soggetto, oppure da una pluralità di soggetti e, in quest'ultimo caso, si parla di ***compossesso***. Il compossesso si riscontra nei comproprietari di un bene che esercitino il loro potere sulla cosa e, qualora non corrisponda alla contitolarità del diritto, conduce all'acquisto del bene, per usucapione, *pro quota*. Ciascun compossessore è legittimato *uti singulus* a reagire alle lesioni del possesso (spoglio, molestia) poste in essere dai terzi, nonché a quelle poste in essere da altro compossessore, che intenda estendere i limiti del suo potere. Qualora, invece, il singolo compossessore ponga in essere comportamenti materiali,

che dimostrino in maniera non equivoca, il suo intento di possedere il bene in maniera esclusiva (senza alcuna reazione giudiziaria da parte degli altri compossessori nel termine di un anno), alla situazione di compossesso si sostituisce quella di possesso esclusivo e iniziano a maturare nuovi termini per il compimento dell'usucapione ai danni degli ex-compossessori (art. 1102, 2° comma, c.c.).

Il possesso può essere titolato e non titolato. Si ha possesso titolato (c.d. *ius possidendi*) quando alla situazione possessoria di fatto corrisponde una valida situazione di diritto (ad esempio, Tizio utilizza il bene immobile validamente acquistato da Caio). Il possesso non si fonda, invece, su alcun titolo (c.d. *ius possessionis*), quando la situazione di fatto non trova legittimazione nella corrispondente situazione giuridica (ad esempio, Tizio utilizza sì un bene immobile come proprio, ma, avendo stipulato con Caio una compravendita verbale, egli non ha acquistato alcun diritto sul bene stesso; oppure, Tizio utilizza il bene per averlo illecitamente occupato).

Quando si afferma che il possesso è una situazione di fatto, non si intende assolutamente escludere che il possessore possa coincidere con il soggetto che legittimamente esercita il diritto reale sulla cosa; semplicemente, si intende evidenziare che la concomitanza della corrispondente situazione di diritto è soltanto eventuale. È possibile, dunque, che il possessore sia il proprietario (o il titolare di altro diritto reale) del bene; ma è parimenti possibile che, da una parte, il possessore, pur esercitando il potere di fatto sulla cosa, non ne sia il proprietario (o il titolare di altro diritto reale) e, dall'altra, l'effettivo proprietario omettendo, per disinteresse o ignoranza, l'esercizio del potere sulla cosa, non ne sia il possessore.

2. Possesso e detenzione

Dal possesso deve essere distinta la **detenzione**, che consiste nella **relazione materiale con la cosa sempre fondata su un titolo, che attribuisce *o* un diritto personale di godimento *o* una mera obbligazione**.

La detenzione ha in comune col possesso la disponibilità materiale della cosa, ma tale relazione di fatto non corrisponde all'esercizio di un diritto reale, bensì ai poteri che derivano da un rapporto obbligatorio o, quanto meno, da una relazione con il possessore della cosa.

La distinzione tra possesso e detenzione è agevole nei casi in cui la situazione di fatto si fondi su un titolo. Per *titolo*, intendiamo quell'atto (contratto, provvedimento giudiziario, atto amministrativo), da cui derivano situazioni giuridiche in capo a determinati soggetti.

Con riferimento, ad esempio, ai **titoli contrattuali**, vi sono contratti che fondano situazioni di possesso e, viceversa, contratti che fondano situazioni di detenzione. Occorre richiamare, a questo proposito, la distinzione tra contratti con effetti reali e contratti con effetti obbligatori: i primi, poiché costituiscono o trasferiscono un diritto reale, fondano situazioni possessorie. Così, ad esempio, poiché la vendita, la permuta e la donazione producono il trasferimento del diritto di proprietà (o altro diritto reale) in capo, rispettivamente, all'acquirente o al donatario, questi ultimi sono possessori. I contratti con effetti reali fondano il possesso anche quando siano affetti da vizi tali da inficiarne l'efficacia (ad esempio, la vendita di un immobile in assenza di licenza o concessione o di domanda di concessione in sanatoria, per quanto nulla *ex* art. 40, l. n. 47 del 1985, attribuisce al compratore, che ne abbia ottenuto la consegna, la qualifica di possessore). I contratti con effetti obbligatori, invece, costituiscono un mero rapporto obbligatorio, in virtù del quale è attribuito a una delle parti un diritto personale di godimento (ad esempio, locazione), ovvero deriva un'obbligazione, primaria o secondaria, di

custodia (ad esempio, deposito, mandato, ecc.): i destinatari dell'effetto obbligatorio (conduttore, depositario, mandatario, ecc.) sono semplici *detentori*.

Analogo discorso può essere fatto per i **titoli giudiziari**. Le sentenze costitutive di diritti reali (ad esempio, la sentenza di esecuzione in forma specifica di una promessa di vendita) fondano situazioni di possesso, mentre le pronunce che attribuiscono diritti personali di godimento (ad esempio, il provvedimento o la sentenza che assegna la casa familiare al coniuge affidatario dei figli nella separazione o nel divorzio) fondano situazioni di detenzione.

Per stabilire, quindi, se, in conseguenza di un contratto (o di una sentenza), con cui un soggetto ha ricevuto il godimento di un bene, si sia di fronte a possesso o detenzione, è indispensabile stabilire se il contratto (o la sentenza) abbia prodotto effetti *reali* o *obbligatori*.

Ma, se – come si è detto – da una parte, la detenzione risiede sempre su un titolo, dall'altra il possesso può prescindere da un titolo di legittimazione. In quest'ultimo caso, non potendo ricorrere alla disamina del titolo per stabilire se chi esercita il potere sulla cosa sia un possessore o un detentore, la legge pone una presunzione *iuris tantum*, secondo la quale *si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione* (art. 1141, 1° comma, c.c.).

Nell'ambito della detenzione, si distingue tra **detenzione qualificata**, **detenzione non qualificata** e **detenzione senza interesse**.

Il detentore si definisce **qualificato**, quando è titolare di un *interesse proprio al godimento della cosa*: così, sono certamente detentori qualificati il conduttore, l'affittuario, il comodatario, ecc. In questo caso la detenzione è tutelabile nei confronti *di chiunque*, anche nei confronti dello stesso possessore mediato che abbia commesso lo spoglio.

La **detenzione non è *qualificata*** quando si detiene non già nell'interesse proprio bensì *nell'interesse del possessore*. In questo caso, il detentore può agire in reintegrazione solo *contro i terzi* e non anche contro il possessore, nel cui interesse detiene: le eventuali sottrazioni della cosa da parte del possessore trovano sanzione sul piano contrattuale, configurandosi come inadempimento, ma non costituiscono "spoglio" e non consentono, pertanto, al detentore l'azione per il recupero della cosa.

In concreto, la giurisprudenza ha riconosciuto la qualifica di detentore "qualificato" al conduttore, al comodatario, al colono, al mezzadro, all'affittuario, al soccidario, all'appaltatore – nell'ipotesi di appalto avente ad oggetto il compimento di un'opera – con riguardo al cantiere ed ai beni strumentali (arnesi, attrezzature) all'esecuzione dell'opera appaltata. Non si ha, invece, detenzione nell'ipotesi di appalto di servizi, in quanto non si realizza, in questo caso, alcuna relazione materiale con la cosa, che resta nella piena disponibilità del committente. "Anche il promissario acquirente, immesso nel godimento di un bene oggetto di promessa di vendita, è ritenuto dalla giurisprudenza un detentore (Cass., S.U., 27 marzo 2008, n. 7930)".

Rientrano nella categoria della detenzione non qualificata, il mandatario o, in generale, ogni amministratore di un patrimonio altrui.

È sorto, in giurisprudenza, il problema di stabilire a quale categoria di detenzione ricondurre il **convivente *more uxorio***. Infatti, qualificando la sua situazione giuridica alla stregua di una detenzione per ragioni di ospitalità, al convivente non spetterebbe alcuna tutela giuridica, non soltanto nei confronti dell'altro convivente titolare di un diritto (reale o personale) sull'abitazione, ma neppure nei confronti dei terzi. Secondo una prima tesi, non si può negare che la detenzione sia svolta dal convivente *more uxorio* in piena autonomia e, soprattutto, *nell'interesse proprio*: pertanto, egli sarebbe pienamente legittimato a reagire, con l'azione di spoglio, ad eventuali spossessamenti violenti o clandestini posti in essere dal convivente possessore o codetentore, il quale potrebbe riottenere la piena disponibilità del proprio appartamento solo attraverso un'azione ordinaria (di accertamento del venir meno del titolo giustificativo e di condanna al rilascio). Secondo altra tesi, si tratterebbe di un'ipotesi di detenzione non qualificata, con

la conseguente impossibilità di far valere la relazione con la cosa nei confronti del convivente-possessore: pertanto, una volta venuto meno il rapporto di fatto con la cosa in seguito alla rottura della relazione sentimentale (il caso in concreto più ricorrente è quello del convivente-possessore che impedisce al convivente di fare rientro nell'alloggio) non sussisterebbe alcuna situazione giuridica di vantaggio tutelabile giuridicamente nei confronti del convivente.

Dalla detenzione non qualificata, deve essere distinta la **detenzione c.d.** "**senza interesse**", ossia quella per ragioni di servizio o di ospitalità, presa in considerazione dall'art. 1168, 2° comma, c.c., per restringere l'area dei legittimati attivi all'azione di reintegrazione. Mentre i detentori non qualificati sono legittimati all'azione di reintegrazione nei confronti del terzo, i detentori senza interesse sono sprovvisti di qualsivoglia tutela a fronte dello spoglio perpetrato nei loro confronti da chicchessia. Per designare tale categoria di detentori, la relazione al codice usa l'espressione "detentori non autonomi".

3. Mutamento della detenzione in possesso e del possesso in detenzione

Il detentore può divenire possessore e viceversa. Se, ad esempio, il proprietario aliena il bene a colui che lo detiene in base a un rapporto di locazione, il conduttore-detentore, per effetto dell'acquisto del diritto reale, muta la sua relazione con la *res* da detenzione in possesso. Viceversa, se il proprietario, contestualmente all'alienazione della proprietà, stipula con l'acquirente un contratto di locazione del bene, egli perde la qualifica di possessore ma resta detentore.

In entrambi gli esempi che si sono fatti non muta la situazione di relazione materiale con la cosa, ma, mutando il titolo, si modifica la qualifica di colui che esercita il potere di fatto.

La prima delle descritte situazioni viene definita come ***traditio brevi manu***, poiché il possessore ottiene la disponibilità del bene senza che venga effettuata in suo favore una materiale consegna.

La seconda fattispecie, invece – nella quale l'acquirente diviene possessore senza conseguire alcuna diretta relazione con il bene – è nota come ***costituto possessorio***.

Il mutamento della detenzione in possesso può derivare, altresì – come sancito dall'art. 1141, 2° comma, c.c. – da un **fatto proveniente da un terzo** (ad esempio, nel caso in cui il locatario acquisti la proprietà del bene da un titolare solo apparente del diritto) o in forza dell'**opposizione fatta dal detentore nei confronti del possessore** (quando, ad esempio, il locatario, ritenendo di avere stipulato non una locazione ma una vendita a rate, rifiuti il pagamento del canone adducendo l'estinzione della sua obbligazione di pagamento del prezzo di acquisto dell'immobile).

Fattispecie diversa da quella del mutamento della detenzione in possesso è l'***interversio possessionis***, che si ha quando – per una delle stesse cause indicate nell'art. 1141, 2° comma, c.c. (causa proveniente da un terzo, opposizione contro il diritto del proprietario) – il possesso ad immagine di un diritto reale minore si modifica, iniziando ad essere esercitato ad immagine del diritto di proprietà. L'art. 1164 c.c. specifica che, in tal caso, il tempo necessario per l'usucapione decorre dalla data in cui il titolo del possesso è stato mutato.

4. Le presunzioni relative al possesso

Quattro sono le presunzioni stabilite dalla legge in materia di possesso.

1) La prima è costituita da quella *presunzione di possesso*, sancita dall'art. 1141, 1° comma, c.c., di cui si è già detto.

2) L'art. 1142 c.c. pone una *presunzione di possesso intermedio*, di cui può beneficiare il possessore attuale che ha posseduto in tempo più remoto.

3) L'art. 1143 c.c., a sua volta, stabilisce che il possesso attuale non fa presumere il possesso anteriore, salvo che il possessore abbia un titolo a fondamento del suo possesso, nel qual caso si presume che egli abbia posseduto a far tempo dalla data del titolo. A tale effetto, non è necessario che il titolo sia valido o che provenga *a domino*, essendo sufficiente che giustifichi la situazione possessoria.

Le descritte presunzioni sono utilizzate dal possessore per beneficiare degli effetti del possesso e, in particolare, dell'istituto dell'usucapione, nell'ambito del quale assume particolare rilevanza la *durata* del possesso, nonché la sua *continuità* e *non interruzione*. Si tratta, naturalmente, di presunzioni *iuris tantum*, a fronte delle quali può essere offerta la prova contraria.

4) Altro requisito rilevante per far valere la situazione di possesso è quello della **buona fede**. Anche su tale aspetto la legge (art. 1147 c.c.) pone una presunzione *iuris tantum*, stabilendo che la buona fede del possessore si presume e basta che vi sia stata *al tempo dell'acquisto* (in conformità al brocardo *mala fides superveniens non nocet*).

Il possessore si considera in buona fede, se possiede ignorando di ledere un altrui diritto. È, quindi, certamente in mala fede, chi si appropri di una cosa nella piena consapevolezza di sottrarla al suo proprietario; al contrario, può essere considerato in buona fede colui che abbia la disponibilità di un bene acquistato sulla base di un titolo di cui ignori la nullità.

Si tratta della c.d. **buona fede soggettiva**, che suole essere definita come la convinzione dell'agente di comportarsi in maniera conforme al diritto: essa deve essere, pertanto, nettamente distinta dalla **buona fede c.d. oggettiva**, che rileva nell'ambito del rapporto contrattuale e, in genere, obbligatorio (artt. 1337, 1375, 1175 c.c.).

La buona fede soggettiva, in quanto ignoranza di ledere l'altrui diritto, si fonda necessariamente su un errore, e cioè su un'inesatta conoscenza della situazione reale e, in particolare, della condizione giuridica del bene. Affinché la buona fede possa giovare al possessore, tuttavia, occorre che un simile errore non derivi da *colpa grave*, cioè da una trascuratezza così grossolana e ingiustificabile da non meritare riconoscimento e tutela legislativa (art. 1147, 2° comma, c.c.).

Per superare la presunzione di buona fede del possessore, colui che rivendichi un diritto sul bene ha l'onere di dimostrare che il possessore esercitava il suo potere nella consapevolezza dell'effettiva condizione giuridica del bene e dell'esistenza del diritto che si afferma (o, quanto meno, senza essersi minimamente curato di accertare la sussistenza di tale diritto). Per pervenire a tale non facile dimostrazione, è possibile fare ricorso, a sua volta, a presunzioni semplici (art. 2729 c.c.).

5. Atti di tolleranza

Può accadere che un soggetto eserciti una forma di godimento della cosa soltanto per condiscendenza di colui che sulla cosa vanti un posizione giuridica o, semplicemente, di mero possesso. In tal caso, la legge stabilisce che **gli atti compiuti con l'altrui tolleranza non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso** (art. 1144 c.c.).

Gli atti di tolleranza si caratterizzano per gli elementi della ***transitorietà*** e della ***saltuarietà***, nonché della ***permissio domini***, ossia la consapevolezza da parte del beneficiario che il godimento può essere fatto cessare dal *dominus* in un qualsiasi momento con un atto di proibizione.

Per **distinguere tra possesso e atti di tolleranza**, la giurisprudenza fa applicazione della presunzione di possesso di cui all'art. 1141 c.c. Pertanto, poiché è da presumere il possesso in

colui che eserciti un potere di fatto sulla cosa, spetta a chi contesti il possesso medesimo l'onere di provare che esso derivi da atto di tolleranza.

Diversamente dalla detenzione, **gli atti di tolleranza non si fondano su un titolo**, ma generalmente su rapporti di amicizia o di buon vicinato o, in taluni casi, sullo spirito di sopportazione del titolare del diritto reale o del possessore. Correttamente, quindi, la giurisprudenza esclude che il potere di fatto esercitato per mera tolleranza possa essere tutelato, in caso di spoglio, attraverso l'azione di reintegrazione.

Al contrario, **il comportamento del tollerato costituisce spoglio quando permanga anche dopo e nonostante la contraria volontà manifestata dal *dominus***.

6. L'oggetto del possesso

Sono oggetto del possesso le cose e non i diritti; questi ultimi, se hanno natura reale, rappresentano unicamente – come si è detto – l'*immagine* del possesso, ossia la situazione giuridica che corrisponde a quel determinato potere di fatto esercitato dal possessore.

Se è vero che l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale (per usucapione o in virtù della regola sancita dall'art. 1153 c.c.: *infra* II, 2-3) rappresenta l'effetto più importante del possesso, tuttavia, possono costituire oggetto di possesso anche le ***cose di cui non si può acquistare la proprietà*** e la legge sottolinea che, in tal caso, **il possesso *è senza effetto*** (art. 1145 c.c.).

Con l'espressione "*cose di cui non si può acquistare la proprietà*", il legislatore ha inteso riferirsi, in generale, all'intera categoria delle ***res extra commercium*** e, in particolare, ai **beni appartenenti al pubblico demanio** (artt. 822, 823, 824 c.c.). Secondo l'orientamento prevalente, anche il possesso dei **beni del patrimonio indisponibile dello Stato e degli altri enti pubblici** è senza effetto, giacché esso risulterebbe incompatibile con la destinazione pubblica del bene.

Se il possesso dei beni demaniali è *senza effetto* nei confronti della pubblica amministrazione, l'art. 1145 c.c. stabilisce, però, che, **nei rapporti tra privati è concessa l'azione di spoglio e, se si tratta di esercizio di facoltà, le quali possono formare oggetto di concessione amministrativa, è data altresì l'azione di manutenzione**.

Non può correttamente parlarsi di **possesso dello spazio aereo** sovrastante al suolo o a un lastrico solare: la colonna d'aria non rappresenta, infatti, una *cosa*, ma una mera dimensione (*id est*, la misura del possibile esercizio) del diritto sul suolo (o sul lastrico solare).

Poiché, infine, si è escluso che i **beni immateriali** possano venire in considerazione ai fini della regolamentazione contenuta nel libro III, si può anche escludere che si possa parlare di possesso relativamente agli stessi.

Per essere suscettibili di possesso non occorre, peraltro, che le cose siano necessariamente munite di solidità. Conseguentemente, possono costituire oggetto di possesso le **acque sorgenti**, le **onde elettromagnetiche** e le **energie naturali**.

7. Successione nel possesso e accessione del possesso

L'art. 1146 c.c. disciplina due fattispecie diverse, che hanno in comune tra loro soltanto il mutamento del soggetto che esercita il possesso sul bene.

La prima ipotesi concerne la **successione *mortis causa* del possessore**, a proposito della quale si prevede che *il possesso continua nell'erede con effetto dall'apertura della successione*.

Sebbene l'art. 460 c.c., allo scopo di attuare la conservazione dei beni del defunto,

consenta al semplice chiamato all'eredità di esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni facenti parte del compendio ereditario, la continuazione nel possesso di tali beni si realizza soltanto in capo all'erede vero e proprio. Quest'ultimo è considerato possessore anche in difetto della materiale apprensione dei beni e succede con le stesse caratteristiche che connotavano il possesso del *de cuius*: pertanto, egli, ad esempio, pur ignorando di ledere un altrui diritto, sarà considerato possessore di mala fede, qualora il defunto versasse in situazione soggettiva di mala fede. L'erede, infatti, succede *in locum et ius* del defunto: si comprende, quindi, perché la legge consideri irrilevanti le eventuali diverse caratteristiche del possesso esercitato dall'erede.

La norma mira anche ad evitare che, in seguito alla morte del possessore, chiunque possa appropriarsi abusivamente del bene, pretendendo poi di qualificarsi come possessore nei confronti del legittimo successore.

Il possesso del defunto e quello dell'erede sono considerati unitariamente e, pertanto, l'erede, sommando al proprio il possesso intrapreso in vita dal defunto, può conseguire più rapidamente quegli effetti connessi al decorso del tempo.

Nel caso di pluralità di coeredi, il possesso continua in capo a tutti anche qualora, dopo l'apertura della successione, uno solo o alcuni di essi inizino ad esercitare il potere di fatto sul bene (e ciò a dimostrazione dell'irrilevanza della materiale apprensione del bene ai fini della successione nel possesso).

Il 2° comma dell'art. 1146 c.c. si riferisce, invece, al **successore a titolo particolare** del possessore (per atto *mortis causa*: legatario; per atto *inter vivos*: acquirente a titolo gratuito o oneroso). Egli – a differenza dell'erede – non succede *automaticamente* nel possesso del dante causa, ma *può* unire al proprio possesso quello del suo autore per goderne gli effetti. L'unificazione giuridica dei due possessi (quello del *dante causa* e quello del successore a titolo particolare) è, in questo caso, il risultato di una facoltà il cui esercizio è rimesso alla libera volontà del successore a titolo particolare, il quale compirà un calcolo di convenienza basato soprattutto sulle caratteristiche del possesso del suo autore.

Il possesso del successore particolare – considerato che esso, a differenza di quanto detto a proposito della successione nel possesso, deve consistere in un'effettiva apprensione materiale del potere di fatto sul bene – può presentare caratteristiche diverse da quelle del dante causa.

Può verificarsi, ad esempio, l'ipotesi che il *dante causa* possedesse in mala fede un bene mobile: in tal caso, il possesso del *de cuius* non giova al successore particolare, al fine di beneficiare della regola *possesso vale titolo* (egli, invece, qualora si trovi in buona fede, consegue immediatamente la proprietà del bene a titolo originario). Viceversa, se il dante causa possedeva in buona fede un bene immobile da poco meno di dieci anni sulla base di un titolo idoneo debitamente trascritto, l'accessione del possesso consentirà al successore particolare (acquirente o legatario) di maturare i tempi per l'usucapione *abbreviata* di cui all'art. 1159 c.c., purché anche il successore particolare sia, a sua volta, in buona fede.

L'accessione del possesso postula un titolo "derivativo", ma è sufficiente che si tratti di un titolo "astrattamente idoneo", ancorché invalido in concreto (*infra*, § II, 2).

Secondo la giurisprudenza, costituisce titolo idoneo anche la divisione consensuale o giudiziale. Pertanto, il compossessore *pro indiviso* di un immobile, che poi consegua il possesso esclusivo di una porzione di esso in esito a divisione, può invocare, ai fini dell'usucapione di tale porzione, anche il precedente compossesso, alla stregua della sua qualità di successore a titolo particolare nel compossesso degli altri condividenti.

II. GLI EFFETTI DEL POSSESSO

1. Diritti e obblighi del possessore nella restituzione della cosa

Il codice disciplina tre effetti giuridici del possesso:

1) i diritti e gli obblighi del possessore nella restituzione della cosa (artt. 1148-1152 c.c.);

2) l'acquisto del diritto reale su bene mobile mediante il possesso (artt. 1153-1157 c.c.);

3) l'usucapione (artt. 1158-1167 c.c.).

Con riguardo al primo aspetto della disciplina, il legislatore si rappresenta l'ipotesi in cui il possessore, convenuto in giudizio dal titolare del diritto reale, sia condannato alla restituzione della cosa stessa. In tale situazione, gli obblighi e i diritti del possessore sono diversamente regolati con riguardo ai frutti, alle riparazioni, ai miglioramenti e alle addizioni effettuate sulla cosa, nonché a seconda della sua condizione soggettiva di buona o di mala fede.

A) Per quel che concerne i **frutti della cosa posseduta** (frutti naturali *separati* e frutti civili *maturati*), il possessore, se in buona fede, ha diritto a farli suoi fino al momento della domanda giudiziale con cui gli è stata richiesta la restituzione della cosa. L'obbligazione di restituzione dei frutti grava, invece, sul possessore di buona fede con riferimento ai frutti naturali non separati al momento della domanda giudiziale e a quelli (naturali o civili) successivamente percepiti. Qualora, invece, sia in mala fede, il possessore è tenuto alla restituzione integrale dei frutti e dovrà corrispondere il valore di quelli percepiti e consumati.

La domanda giudiziale segna, quindi, il limite della rilevanza della buona fede del possessore: a partire da quel momento, infatti, egli è posto nella condizione di sapere che altri afferma la titolarità di un diritto sulla cosa oggetto del suo possesso. Pur potendo ritardare la restituzione fino al momento della condanna giudiziale, la legge rende, pertanto, il possessore responsabile *medio tempore* della produttività della cosa, sancendo il suo obbligo di rimborsare al rivendicante il valore dei frutti che si sarebbero potuti percepire, dopo la data della domanda giudiziale, *usando la diligenza del buon padre di famiglia* (art. 1148 c.c.).

Nei casi in cui è tenuto alla restituzione dei frutti, il possessore – limitatamente al tempo per il quale la restituzione è dovuta – ha diritto:

1) al rimborso delle spese sostenute per la produzione e il raccolto (art. 1149 c.c.);

2) al rimborso delle spese sostenute per le riparazioni ordinarie, (art. 1150, 4° comma, c.c.).

B) Il possessore, anche di mala fede, ha diritto al rimborso delle spese fatte per le **riparazioni straordinarie** e a un'indennità per i **miglioramenti** recati alla cosa, purché sussistano al tempo della restituzione (art. 1150, 1° e 2° comma, c.c.). L'ammontare di tale ultima indennità varia a seconda della buona o mala fede del possessore: nel primo caso, essa corrisponde all'*aumento di valore* conseguito dalla cosa per effetto dei miglioramenti; nel secondo caso, alla *minor somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore* (art. 1150, 3° comma, c.c.).

C) Nel caso di **addizioni**, l'attività posta in essere dal possessore è equiparata a quella del terzo che, con materiali propri, esegua opere su fondo altrui: conseguentemente, si applica la disciplina dell'art. 936. Tuttavia, se le addizioni costituiscono miglioramenti e il possessore è di buona fede, è dovuta un'indennità nella misura dell'aumento di valore conseguito dalla cosa (art. 1150, 5° comma, c.c.).

La diversità di tutela apprestata dal legislatore in favore del possessore di buona o di mala fede può essere rilevata anche sul piano delle **cautele previste per l'ottenimen-**

to delle indennità dovute per riparazioni, miglioramenti o addizioni. Invero, se in buona fede, il possessore può usufruire di un particolare strumento di autotutela, che consiste nella ritenzione della cosa (***ius retentionis***) fino al momento in cui non gli vengano corrisposte le indennità dovute, purché queste siano state richieste nel corso del giudizio di rivendicazione e sia stata fornita una prova generica della sussistenza delle riparazioni e dei miglioramenti (art. 1152 c.c.).

L'istituto – pur previsto in altre parti del sistema (artt. 693, 748, 975, 1006, 1011, 1502, 2235, 2756, 2761 c.c.) – ha carattere *eccezionale* e, dunque, non è suscettibile di applicazione analogica (come ha affermato anche la giurisprudenza, che ha conseguentemente escluso che esso possa essere invocato dal detentore *nomine alieno*).

Le indennità costituiscono *debiti di valore* e l'autorità giudiziaria, avuto riguardo alle circostanze, può disporre che il loro pagamento sia fatto ratealmente, ordinando, in questo caso, le opportune garanzie (art. 1151 c.c.).

2. La cosiddetta regola del *possesso vale titolo*

Per i beni mobili – a differenza di quelli immobili, per i quali esiste il regime della trascrizione dei titoli di acquisto nei registri immobiliari – non è previsto alcun sistema di pubblicità (fatta eccezione per particolari categorie di beni: artt. 2683 ss. c.c.). Chi acquista un bene mobile, dunque, non può verificare la legittimazione (almeno formale) dell'alienante: l'unico dato che, esteriormente, emerge è quello del potere dell'alienante di trasmettere, mediante la consegna, il possesso della cosa oggetto del contratto. Per garantire la sicurezza dei traffici giuridici e non esporre l'acquirente del bene mobile a rivendicazione da parte dell'effettivo titolare del diritto (che abbia omesso, tuttavia, di esercitarne il possesso), **l'art. 1153 c.c. sancisce un particolare modo di acquisto a titolo originario del diritto reale sul bene mobile, che si perfeziona nel momento in cui chi acquista da un soggetto non proprietario, sulla base di un titolo *astrattamente* idoneo, consegue in buona fede il possesso della cosa**.

La norma riprende, in forma più analitica, la massima (accolta nell'art. 2279 del codice napoleonico e nell'art. 707 del codice del 1865) secondo cui "riguardo ai beni mobili il **possesso vale titolo**", che risale al diritto consuetudinario e non trova riscontro nelle codificazioni giustinianee.

Tale regola risolve il conflitto tra l'interesse del proprietario (a non perdere la proprietà della cosa mobile che altri abbia alienato come propria) e l'interesse dell'acquirente (che abbia conseguito in buona fede il possesso), attribuendo la prevalenza a quest'ultimo. Si agevola, così, la circolazione dei beni mobili, sacrificando l'interesse di chi tralasci di esercitare il possesso dei beni di cui è proprietario.

Gli elementi costitutivi dell'acquisto a titolo originario mediante il *possesso vale titolo* sono quattro:

a) **l'alienazione *a non domino***;
b) **il titolo *astrattamente* idoneo**;
c) **il possesso conseguito dall'acquirente**;
d) **la buona fede dell'acquirente al momento della consegna**.

a) **L'art. 1153 c.c. si applica ai soli acquisti *a non domino*.** Se l'alienazione proviene *a domino,* per verificare l'avvenuto acquisto in capo all'acquirente, occorre esaminare l'idoneità del titolo di trasferimento, ma gli eventuali vizi non possono essere sanati dal possesso conseguito in buona fede dall'acquirente. Conseguentemente, chi

acquista dal vero proprietario sulla base di un contratto nullo, nonostante il possesso e la buona fede, non acquista alcun diritto sul bene; chi, invece, acquista da soggetto non proprietario, sulla base di un contratto che *sarebbe stato valido* se fosse stato concluso col vero proprietario, consegue la proprietà mediante il possesso e la buona fede al momento della consegna.

La necessità che l'alienante agisca come proprietario senza esserlo esclude che la regola dell'art. 1153 c.c. si applichi nell'ipotesi del falso rappresentante che alieni senza averne i poteri, perché, in tal caso, egli dichiara comunque di agire in nome e per conto dell'effettivo proprietario: soltanto quest'ultimo, attraverso la ratifica, potrebbe rendere efficace l'acquisto, che risulterebbe, peraltro, a titolo derivativo e non già a titolo originario.

Una significativa disparità di trattamento tra chi acquisti *a non domino* (beneficiando della regola del possesso vale titolo) e chi, invece, acquisti *a domino* è stata messa in evidenza sotto il profilo di quanto stabilito dal 2° comma dell'art. 1153 c.c.

Ai sensi di tale norma, chi acquista in buona fede da soggetto non proprietario, consegue, mediante il possesso, la proprietà *piena* del bene, libera cioè anche da eventuali diritti reali minori, che su di essa insistano, sempre a condizione che tali diritti non risultino dal titolo e che l'acquirente non ne sia altrimenti a conoscenza (*id est*, sia in buona fede).

Al contrario, chi acquista dal legittimo proprietario la *piena* proprietà del bene non consegue l'estinzione dei diritti reali minori, di cui il bene sia gravato. E a tale diversità di trattamento giuridico non si riesce, invero, a offrire una convincente spiegazione.

b) Il secondo requisito consiste nell'esistenza di un **titolo** "**astrattamente**" **idoneo**, nel senso che il titolo sarebbe effettivamente idoneo a trasferire il diritto qualora provenisse dal *dominus*. Non si può dire, quindi, che sia astrattamente idoneo, ad esempio, un titolo nullo, proprio perché, essendo nullo, non produrrebbe alcun effetto traslativo anche se proveniente dal vero proprietario. È idoneo, invece, un titolo annullabile o risolubile o rescindibile, perché, in tal caso, il titolo produce i suoi effetti, qualora non siano proposte le rispettive azioni. Sono, poi, certamente inidonei tutti quei titoli che non determinano il trasferimento della proprietà del bene (contratti con effetti obbligatori: ad esempio, il contratto preliminare).

Il titolo è astrattamente idoneo sia se oneroso sia se gratuito. Anche la **donazione**, quindi, è un titolo astrattamente idoneo; né può inficiare tale conclusione il disposto dell'art. 771 c.c., che considera nulla la donazione di cosa futura (e, pertanto, implicitamente – come affermato dalla giurisprudenza – anche quella di cosa altrui): nella fattispecie dell'art. 1153 c.c., infatti, il donante dichiara di donare la cosa *propria* e non certo quella altrui.

Con riguardo alle disposizioni testamentarie, deve escludersi l'idoneità di una disposizione a titolo di erede, perché essa non produce *di per sé*, in mancanza dell'accettazione del chiamato, l'effetto del trasferimento della proprietà. Può essere titolo astrattamente idoneo, invece, la disposizione a titolo di legato, purché il legatario consegua in buona fede il possesso del bene mobile.

c) Non vi è acquisto della proprietà, se l'acquirente non ottiene il possesso della cosa in conseguenza della consegna effettuata dall'alienante. Non basterebbe, pertanto, l'apprensione diretta della cosa da parte dell'acquirente, ma è richiesto che il possesso sia acquistato mediante **consegna**.

Non occorre, peraltro, che l'alienante abbia la materiale disponibilità della cosa all'atto dell'alienazione: è sufficiente che la consegna avvenga anche successivamente o tramite un rappresentante o un mandatario dell'alienante. Per "consegna", inoltre, deve intendersi soltanto la *traditio* materiale, con esclusione del costituto possessorio o della *traditio brevi manu*.

d) La **buona fede** dell'acquirente consiste nell'erronea convinzione che l'alienante sia l'effettivo proprietario della cosa e possa, quindi, legittimamente disporne. La buona fede – in conformità al disposto dell'art. 1147 c.c. – *si presume* e non giova ove derivi da *colpa grave*.

In una sola ipotesi la legge esclude ogni rilevanza all'erronea convinzione in ordine alla qualità di proprietario dell'alienante ed è il caso di colui il quale, all'atto dell'acquisto, conosceva l'**illegittima provenienza della cosa**, ma riteneva erroneamente che, nonostante ciò, il suo autore o un precedente possessore fosse divenuto comunque proprietario. (art. 1154 c.c.).

Nel 2° comma dell'art. 1153 c.c. – come si è accennato – la buona fede consiste nell'erroneo convincimento in ordine all'insussistenza di diritti reali minori sulla cosa acquistata.

Si deve evidenziare che l'acquisto della proprietà del bene, ai sensi dell'art. 1153 c.c., come per ogni acquisto a titolo originario, opera in presenza dei presupposti indicati dalla legge e, pertanto, *automaticamente*. Ciò non toglie che l'acquirente possa **rinunciare all'effetto acquisitivo** e, nell'ipotesi di compravendita, agire per la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1479 c.c., che prevede specificamente il caso dell'alienante che non sia proprietario del bene compravenduto: in tal caso, il vero proprietario resterà titolare del diritto e l'alienante sarà obbligato al risarcimento del danno cagionato all'acquirente.

Attraverso la regola del *possesso vale titolo* si può acquisire il diritto di proprietà su beni mobili, ma anche i **diritti di usufrutto, di uso e di pegno**, *id est* quei soli diritti reali minori, che possono avere ad oggetto beni mobili. In questi casi, occorre che l'autore agisca non già come proprietario senza esserlo, bensì come soggetto legittimato a trasferire il diritto sul bene mobile (pieno proprietario che alieni l'usufrutto o l'uso trattenendo la nuda proprietà; debitore concedente il diritto di pegno su bene mobile su cosa, in realtà, non propria).

L'art. 1153 c.c. non si applica, invece, alle **universalità di beni mobili** e ai **beni mobili registrati**, per i quali valgono le norme in materia di usucapione (*infra*, § 3). Gli effetti del possesso di buona fede dei **titoli di credito** sono regolati dalle norme del titolo V del libro IV.

Una specifica applicazione del principio dell'art. 1153 c.c. è contenuta nella disposizione dell'art. 1155 c.c., che disciplina la fattispecie della **doppia alienazione di bene mobile**. Invero, il proprietario, che ponga in essere una prima alienazione del bene, trasferisce all'acquirente il diritto sul bene stesso per effetto del principio del consenso traslativo (art. 1376 c.c.); pertanto, allorché compia un successivo atto di alienazione, egli agisce *a non domino* e viene a trovarsi nella medesima situazione di colui che aliena il bene nella fattispecie di cui all'art. 1153 c.c. Il secondo acquirente ottiene la proprietà del bene mobile soltanto nel caso in cui consegua in buona fede il possesso *prima* di colui che ha acquistato in epoca anteriore. La norma dell'art. 1155 c.c. – secondo cui "se taluno con successivi contratti aliena a più persone un bene mobile, quella tra esse che ne ha acquistato in buona fede il possesso è preferita alle altre, anche se il suo titolo è di data posteriore" – disciplina, quindi, due fattispecie di tipo diverso, giacché, se il possesso è conseguito dal primo acquirente, quest'ultimo acquista *a titolo derivativo* (ed anche la sua situazione soggettiva di "buona fede" in ordine all'intenzione dell'alienante di procedere a una seconda alienazione si appalesa del tutto irrilevante); se, al contrario, il possesso è ottenuto dal secondo acquirente, quest'ultimo consegue la titolarità del diritto (proprietà, usufrutto, uso o pegno) esattamente ai sensi dell'art. 1153 c.c.

3. L'usucapione

L'usucapione è un modo di acquisto della proprietà e degli altri diritti reali, che si perfeziona mediante il possesso continuato per il tempo stabilito dalla legge.

Se il possessore non è il titolare del diritto reale che corrisponde all'esercizio di quel possesso, la legge manifesta il suo **disfavore nei confronti dell'effettivo titolare del diritto che trascura di esercitare il potere sulla cosa** e, decorso un determinato lasso di tempo, sancisce l'equiparazione della situazione di fatto a quella di diritto, stabilendo che il possessore acquisti *a titolo originario* la proprietà (o altro diritto reale) sul bene oggetto di possesso.

L'istituto presenta talune affinità con quello della **prescrizione estintiva**. Entrambi attribuiscono rilievo giuridico al decorso del tempo e al comportamento omissivo del titolare del diritto nel periodo stabilito dalla legge. Entrambi sono istituti di ordine pubblico, la cui disciplina è inderogabile dai soggetti privati. Nella disciplina dell'usucapione è contenuta una norma, che sancisce l'applicabilità, nei limiti della compatibilità, delle norme generali sulla prescrizione, di quelle relative alle cause di sospensione e d'interruzione e al computo dei termini. Si esaminerà in seguito l'effettiva portata di tale rinvio.

Occorre ricordare come le prescrizione costituisca una causa di estinzione dei diritti reali minori (artt. 954, 970, 1014, 1073 c.c.), mentre il diritto di proprietà, pur essendo imprescrittibile (arg. *ex* art. 948, 3° comma, c.c.), può estinguersi soltanto come effetto dell'avvenuta usucapione del bene da parte di un soggetto possessore.

Per condurre all'acquisto del diritto reale, il possesso deve avere determinati requisiti previsti dalla legge. Esso deve essere *continuo*, *non interrotto*, *pacifico* e *pubblico*.

a) La **continuità del possesso** (espressamente richiesta dall'art. 1158 c.c.) consiste nell'esercizio costante dei poteri sulla cosa, tenuto conto pur sempre della natura della cosa e delle modalità del suo godimento. La continuità del possesso deve essere provata da colui che intende farne valere gli effetti, ma – come si è detto – il codice agevola tale attività probatoria mediante le presunzioni di possesso intermedio (art. 1142 c.c.) e di possesso anteriore (in caso di esistenza di un titolo: art. 1143 c.c.).

b) **Il possesso dev'essere, altresì, ininterrotto**, nel senso che l'esercizio del potere sulla cosa non deve cessare per *cause oggettive* o per un *fatto proveniente da un terzo*. Mentre il requisito della continuità si riferisce all'attività posta in essere direttamente dal possessore, la non interruzione richiama, invece, eventuali cause *esterne*, che abbiano determinato una perdita del possesso. La legge pone, tuttavia, un limite di rilevanza all'interruzione del possesso, stabilendo che "l'usucapione è interrotta quando il possessore è stato privato del possesso per oltre un anno" e l'interruzione stessa "si ha come non avvenuta se è stata proposta l'azione diretta a ricuperare il possesso e questo è stato ricuperato" (art. 1167 c.c.). In sostanza, se il possessore è privato del possesso da parte di un terzo, occorre che egli si attivi e proponga l'azione di recupero del possesso entro un anno dalla sofferta privazione: se l'azione è proposta e il possesso è recuperato, il possesso stesso si considera come non interrotto; se, invece, il possessore resta inerte e lascia che l'interruzione del possesso perduri oltre l'anno, oppure propone l'azione ma questa viene respinta, gli effetti del precedente possesso cessano.

c) L'art. 1163 c.c. stabilisce che "il possesso acquistato in modo violento o clandestino non giova per l'usucapione se non dal momento in cui la violenza o la clandestinità è cessata". Occorre, quindi, in primo luogo, che il possesso si presenti come **pacifico**, in quanto non acquistato in modo violento. Se l'acquisto non è stato violento (né clandestino), non rileva un eventuale sopravvenuto comportamento violento, il quale non incide sull'idoneità del possesso *ad usucapionem*.

d) Il possesso deve essere stato acquistato, infine, in modo **pubblico**. Non giova il possesso clandestino, acquistato cioè con modalità che non possono essere percepite dal proprietario, il quale, quindi, non può manifestare la sua opposizione verso l'atto dell'impossessamento. Il carattere *occulto* del possesso non presuppone un'intenzione dolosa, né un'azione fraudolenta, ma deve essere accertato nel caso concreto. In generale, si può affermare che sia clandestino quel possesso non attuato in maniera visibile ed esteriormente apprezzabile, in modo da rivelare l'*animus* del possessore di assoggettare la cosa al proprio potere.

Quando la violenza o la clandestinità cessano, decorre il tempo del possesso utile ai fini dell'usucapione.

L'art. 1158 c.c. precisa il novero dei **diritti reali che si possono acquistare per usucapione**, includendo, oltre alla proprietà, i diritti reali minori di godimento. Conseguentemente, non si possono acquistare per usucapione i diritti reali di garanzia (ipoteca, pegno, che pure è suscettibile di acquisto *ex* art. 1153 c.c.). Non si possono acquistare per usucapione le servitù non apparenti (art. 1061 c.c.).

Si distingue l'**usucapione *ordinaria*** dalla c.d. **usucapione *abbreviata***: la prima richiede unicamente il *possesso* e il *decorso del tempo*; la seconda, invece, presuppone che, a fondamento del possesso, sussista un acquisto compiuto dal possessore in *buona fede* e in base a un *titolo astrattamente idoneo*, *da parte di chi non è proprietario del bene*.

Tra ***usucapione abbreviata*** e istituto del *possesso vale titolo* cambia la natura del bene oggetto del possesso. I semplici beni mobili sono regolati dall'art. 1153 c.c., che – come si è detto – comporta l'acquisto *immediato* a titolo originario della proprietà (o altro diritto reale) del bene. L'usucapione abbreviata concerne, invece, i beni immobili, le universalità di mobili e i beni mobili registrati.

Così, chi acquista un **bene immobile** da chi non ne è proprietario, sulla base di un titolo immune da vizi (e, quindi, idoneo a trasferire la proprietà), se, senza colpa grave, ignora il difetto di legittimazione dell'alienante (*buona fede*), compie l'usucapione del bene in dieci anni dalla trascrizione del titolo di acquisto (art. 1159 c.c.).

Se l'acquisto – da alienante non proprietario, in buona fede e sulla base di titolo astrattamente idoneo – concerne, invece, **beni mobili iscritti in pubblici registri**, l'usucapione si compie nel tempo di tre anni a far data dalla trascrizione del titolo di acquisto (art. 1162, 1° comma, c.c.).

Nel caso di **universalità di mobili**, infine – non esistendo un regime di pubblicità, che consenta la trascrizione dell'atto di acquisto – l'acquisto *a non domino*, il titolo astrattamente idoneo e la buona fede dell'acquirente conducono all'usucapione col decorso di dieci anni dalla data dell'acquisto (art. 1160, 2° comma, c.c.).

L'usucapione ordinaria richiede il possesso continuato per venti anni, sia quando abbia ad oggetto beni immobili, sia quando riguardi universalità di mobili. L'usucapione ordinaria dei beni mobili registrati si compie, invece, nel tempo di dieci anni (art. 1162, 2° comma, c.c.).

Non esiste una forma di usucapione abbreviata per **i beni mobili non registrati**: acquisto *a non domino*, titolo astrattamente idoneo e buona fede consentono al possessore di conseguire *immediatamente* la proprietà del bene. Tuttavia, pur in mancanza dei presupposti indicati dall'art. 1153 c.c., il legislatore ha ritenuto di diversificare il termine per l'usucapione a seconda della buona o mala fede del possessore: se il possesso è stato acquistato ignorando di ledere il diritto del proprietario (o del titolare di altro diritto reale corrispondente all'immagine del possesso), il possessore acquista il bene per usucapione col decorso di dieci anni (art. 1161, 1° comma, c.c.); se, invece, il possesso è stato conseguito in mala fede (sebbene senza violenza o clandestinità), l'usucapione si compie dopo venti anni (art. 1161, 2° comma, c.c.).

Si discute se tale diversificazione – a seconda della buona o mala fede del possessore – valga anche con riferimento al possesso di beni mobili registrati, ma la lettera dell'art. 1162 c.c. sembra decisamente escluderlo. Sicché, resta l'anomalia del possesso di mala fede che, quando ha come oggetto un bene mobile non registrato, conduce all'usucapione con il decorso di venti anni, e che, invece, quando concerne un bene mobile registrato, consente l'usucapione nel tempo di dieci anni.

Per la piccola proprietà rurale (fondi rustici con annessi fabbricati situati in comuni classificati dalla legge come montani o in comuni che, per quanto non classificati come montani, abbiano un reddito non superiore ai limiti fissati dalla legge), l'art. 1159 *bis* c.c. – introdotta con l. 10 maggio 1976, n. 346 – ha previsto una forma di **usucapione speciale**, che consente al possessore l'acquisto della proprietà in virtù del possesso continuato per quindici anni. Nel caso di acquisto in buona fede da chi non è proprietario, in base a un titolo astrattamente idoneo, sussiste una corrispondente ipotesi di usucapione *abbreviata*, che prevede, ai fini dell'acquisto della proprietà, il decorso di cinque anni dalla data della trascrizione.

Una volta maturato il termine per l'usucapione, **il possessore acquista *automaticamente* il diritto** e non ha alcuna rilevanza la circostanza che egli agisca o no in giudizio per fare accertare il suo diritto. **L'acquisto opera *ex nunc*** dal compimento del tempo previsto dalla legge.

L'usucapione non ha, quindi, efficacia retroattiva e ciò comporta il diritto del precedente proprietario di pretendere i frutti percepiti dall'usucapiente in mala fede prima dell'acquisto del diritto. Qualora, inoltre, il possessore, al compimento dell'usucapione, sia coniugato il regime di comunione legale (sebbene non lo fosse quando intraprese a possedere), il bene usucapito farà parte del patrimonio coniugale (art. 177, lett. *a*, c.c.).

L'*automatismo* dell'acquisto non implica la rilevabilità d'ufficio dell'usucapione, che deve essere pur sempre fatta valere dal possessore nei confronti di chi rivendichi la proprietà del bene (come si ricava dal combinato disposto degli artt. 1165 e 2938 c.c.). La giurisprudenza ritiene compatibile con la disciplina dell'usucapione anche la norma dell'art. 2937 c.c. e considera ammissibile la **rinuncia tacita all'usucapione** (senza le forme richieste per la rinuncia al diritto reale: art. 1350, n. 5, c.c.), posto che, in tal caso, il possessore rinuncerebbe non a un diritto reale già acquisito, bensì alla tutela giuridica apprestata dall'ordinamento per garantire la stabilità dei rapporti giuridici.

Deve ammettersi, peraltro – per coerenza sistematica – che l'usucapione, pur rinunciata dal possessore, possa essere opposta dai creditori e da chiunque vi abbia interesse (art. 2939 c.c.).

Naturalmente il tempo dell'usucapione può spirare in un giorno festivo e ciò rende assai limitato il senso del rinvio che l'art. 1165 c.c. effettua nei riguardi delle norme sulla prescrizione relative al **computo dei termini**. Allo stesso modo, deve escludersi che per l'usucapione valga il termine *a mesi* (previsto dall'art. 2963, 4° comma, c.c.), dal momento che la legge si riferisce sempre agli *anni*.

Il termine per l'usucapione può essere sospeso o interrotto.

Quanto alle **cause di sospensione**, deve essere esclusa, anzitutto, l'applicabilità di quelle relative a rapporti strettamente obbligatori (art. 2941, nn. 7 e 8, c.c.) o connesse a esigenze di liquidazione di eredità accettata con beneficio d'inventario (n. 5). Viceversa, deve ammettersi la compatibilità di quelle cause previste nell'art. 2941, nn. 1, 2, 3, 4 e 6, c.c. Così, ad esempio, qualora il tutore cominci a esercitare un potere di fatto sui beni dell'interdetto, alla stregua di un vero proprietario, tale possesso non potrà essere utilmente computato ai fini dell'usucapione, ma, per il decorso del tempo utile previsto dalla legge, occorrerà attendere la cessazione dell'ufficio di tutela. Allo stesso modo, deve escludersi che il potere esercitato da un coniuge sui beni dell'altro coniuge-proprietario possa giovare al fine di riconoscere al primo la qualifica di possessore o di compossessore.

È applicabile all'usucapione anche il disposto dell'art. 2942 c.c. Ai sensi del n. 1, quindi, il possesso esercitato da un terzo, su bene del minore non emancipato o dell'interdetto per infermità di mente, per il tempo in cui tali soggetti sono privi di rappresentante legale e per sei mesi successivi alla nomina del rappresentante o alla cessazione dell'incapacità, non potrà essere computato ai fini dell'usucapione.

Proprio con riferimento a tale ultima fattispecie (e a quella del n. 2 della stessa norma), il legislatore si è prefigurata l'ipotesi in cui colui che si impossessi del bene dell'incapace (o del militare in guerra) consegni il bene stesso ad altro soggetto (**terzo possessore**): nei confronti di quest'ultimo, se il possesso abbia ad oggetto un bene immobile, la causa di sospensione non opera e il possesso può condurre, quindi, all'usucapione del bene. È quanto prevede l'art. 1166 c.c., che dichiara parimenti inopponibile al terzo possessore (subacquirente del primo possessore senza titolo) l'impedimento a far valere il diritto, che al proprietario derivi da una condizione (sospensiva o risolutiva) o da un termine. Non si è mancato, peraltro, di criticare la limitazione dell'applicabilità della norma alla sola ipotesi dell'usucapione ventennale di beni immobili.

Si discute, infine, dall'ambito applicativo, in materia di usucapione, delle **cause di interruzione** della prescrizione (artt. 2943-2944 c.c.). È certamente idonea a interrompere il possesso *ad usucapionem* la domanda giudiziale, che il titolare del diritto proponga nei confronti del possessore (art. 2943, 1° comma, c.c.). Al contrario, la giurisprudenza è ferma nell'escludere che il possesso utile per l'usucapione possa essere interrotto da un atto stragiudiziale di diffida alla restituzione del bene (art. 2943, 4° comma, c.c.), poiché afferma che un siffatto atto varrebbe soltanto a palesare l'opposizione del proprietario, ma non inficerebbe le caratteristiche del possesso, che continuerebbe ad essere esercitato nonostante la dichiarata contraria volontà del possessore.

Nell'ipotesi di compossesso, la giurisprudenza esclude, altresì, che la domanda giudiziale, proposta contro uno dei compossessori, valga ad interrompere l'usucapione anche nei confronti degli altri, non ritenendo applicabile all'usucapione il disposto dell'art. 1310 c.c. in virtù del (discutibile) presupposto secondo cui il vincolo di solidarietà sarebbe proprio delle sole obbligazioni e non dei diritti reali.

Applicabile all'usucapione è, in linea di massima, l'art. 2944 c.c. in tema di riconoscimento del diritto. Occorre precisare, tuttavia, che siffatto riconoscimento non può consistere unicamente nella consapevolezza della spettanza ad altri del diritto di proprietà sul bene, ma occorre che il possessore, per il modo in cui questa conoscenza è rivelata o per i fatti in cui essa è implicita, esprima la volontà non equivoca di attribuire il diritto reale al suo titolare. Per tale ragione, il riconoscimento del diritto è un atto non recettizio, che può essere compiuto anche nei confronti di soggetto diverso dal titolare del diritto.

Si discute, infine, se l'acquisto per usucapione implichi l'estinzione dei diritti reali minori sul medesimo bene (c.d. ***usucapio libertatis***), al pari di quanto è previsto nell'acquisto di beni mobili mediante il possesso in buona fede ottenuto *a non domino* (art. 1153, 2° comma, c.c.). Prevale l'opinione negativa, la quale preferisce porre il problema della sopravvivenza dei diritti reali minori in termini di *compatibilità* con il possesso esercitato dall'usucapiente: se tale possesso risulti pieno e tale da escludere concorrenti poteri di fatto sulla cosa (sia pure ad immagine di diritti reali minori), all'usucapione della piena proprietà del bene corrisponderà l'estinzione per prescrizione dei diritti reali minori.

III. LE AZIONI A DIFESA DEL POSSESSO

1. Nozioni generali

L'ordinamento consente al possessore di reagire nei confronti dei fatti lesivi del suo possesso, anche quando tali fatti siano posti in essere dal titolare del diritto reale sul bene oggetto di possesso. La privazione violenta o occulta del possesso (c.d. *spoglio*), nonché le molestie arrecate al godimento possessore costituiscono, dunque,

fatti illeciti, avverso i quali, in primo luogo, è ammissibile la **legittima difesa** (art. 2044 c.c.), e cioè una forma di autotutela, anche violenta purché immediata e proporzionata all'offesa, diretta a scongiurare la lesione della propria situazione possessoria.

Mancando i presupposti della legittima difesa, il possessore ha a sua disposizione due rimedi giudiziari: l'**azione di reintegrazione (o di spoglio)** e l'**azione di manutenzione**. In entrambi i giudizi, instaurati da dette azioni, l'oggetto dell'accertamento giudiziario è costituito unicamente dall'esistenza del possesso in capo all'attore (che ne lamenta la lesione) e dall'effettiva realizzazione dello spoglio o della molestia da parte del convenuto. È del tutto irrilevante la circostanza che il possessore o il presunto autore dello spoglio o della molestia siano (o meno) titolari di un diritto reale sul bene: l'unico aspetto rilevante consiste nella situazione di fatto, che il possessore lamenta essere stata modificata dalla condotta violenta o clandestina della controparte.

Per le azioni possessorie il codice di procedura civile prevede un **procedimento speciale, che presenta il carattere della *sommarietà***, posto che il giudice compie un'istruzione sommaria (che consiste solitamente nell'audizione dei testi fatti comparire spontaneamente dalle parti) ed emana una decisione provvisoria in forma di ordinanza (c.d. **interdetto possessorio**), con la quale può ordinare la reintegrazione nel possesso ovvero la cessazione del comportamento molesto. Avverso tale ordinanza è proponibile il reclamo avanti al Tribunale in composizione collegiale (art. 703, 3° comma, c.p.c.). La fase (c.d. di merito), che può seguire a quella sommaria (definita con l'ordinanza del giudice), è eventuale e può essere introdotta soltanto su richiesta di una delle parti. In tale fase di merito, l'oggetto del giudizio è parimenti rappresentato dalla situazione possessoria e dalla presunta condotta lesiva. La sentenza conclusiva della fase di merito può confermare, modificare o revocare la decisione adottata precedentemente con ordinanza.

È questa la struttura del giudizio possessorio, quale risultante dalla riforma del codice di procedura civile attuata dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, che, da un lato, ha ribadito la struttura «bifasica» del procedimento possessorio già affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 24 febbraio 1998, n. 1984), e, dall'altro, ha attribuito alla scelta di una delle parti la possibilità che il giudizio pervenga alla definizione con sentenza. Soltanto con la decisione a cognizione piena, resa nel giudizio di merito, peraltro, il possessore può ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza del fatto illecito consistente nello spoglio o nella turbativa del possesso.

Il giudizio possessorio deve essere nettamente distinto dal c.d. **giudizio petitorio**, che è quello in cui si controverte in ordine all'esistenza di un diritto sul bene e nel quale colui che afferma il diritto ha l'onere di provare i fatti a fondamento del suo acquisto (ad esempio, il giudizio di rivendicazione della proprietà).

Per quel che concerne i **rapporti tra giudizio petitorio e giudizio possessorio**, occorre distinguere due diverse situazioni.

1) Se **colui che ha instaurato il giudizio petitorio si trova nel possesso del bene**, ma, durante il processo, subisce lo spoglio o la molestia da parte del convenuto, la domanda di reintegrazione o di manutenzione deve essere proposta all'interno del giudizio petitorio (art. 704, 1° comma, c.p.c.).

L'art. 704, 2° comma, c.p.c., consente, peraltro, nonostante la pendenza del giudizio petitorio, la separata instaurazione del solo giudizio possessorio di reintegrazione davanti al giudice competente per quest'ultimo: il giudice, in tal caso, svolge esclusivamente la fase sommaria, concedendo i "provvedimenti temporanei indispensabili"; ciascuna delle parti può proseguire il giudizio dinanzi al giudice del petitorio.

2) Se, invece, **il giudizio già pendente è quello possessorio**, l'autore dello spoglio (o della molestia) non può difendersi eccependo di aver agito in conformità ad un preteso diritto (*feci sed iure feci*) e non può neppure introdurre, fino alla definizione del giudizio possessorio, un separato giudizio petitorio per il riconoscimento del suo diritto. L'art. 705 c.p.c. – in conformità al principio secondo cui *spoliatus ante omnia restituendus* – impone il ripristino della situazione possessoria, prima di qualunque decisione sulla conformità a diritto di tale situazione. Se non valesse tale principio, infatti, l'autore dello spoglio potrebbe paralizzare l'azione di reintegrazione con gli effetti del giudizio petitorio e svuotare di effettivo contenuto il significato della tutela possessoria.

La norma stabilisce, pertanto, che "il convenuto nel giudizio possessorio può proporre l'azione petitoria soltanto dopo che il giudizio possessorio sia stato definito e la decisione eseguita". A questo proposito, è sorto il problema se per "definizione" del giudizio ed "esecuzione" della decisione debba intendersi necessariamente il passaggio in giudicato della sentenza e la sua esecuzione, oppure se sia sufficiente l'esecuzione del provvedimento provvisorio a cognizione sommaria. Secondo la giurisprudenza, il petitorio non è proponibile finché non è passata in giudicato la sentenza conclusiva del procedimento possessorio, ancorché la situazione possessoria sia stata anteriormente ripristinata o spontaneamente o in esecuzione del provvedimento interinale. La soluzione è criticata dalla dottrina, che osserva come l'aspetto rilevante sia costituito dalla circostanza che la situazione di fatto sia tornata ad essere quella anteriore al giudizio.

Il divieto di introduzione del giudizio petitorio non si applica quando il convenuto dimostri che l'attore impedisce l'attuazione del provvedimento possessorio (art. 705, 2° comma, c.p.c.).

Un'ulteriore eccezione è stata introdotta da Corte cost. 3 febbraio 1992, n. 25, che ha dichiarato illegittima la norma nella parte in cui subordina la proposizione del giudizio petitorio alla definizione del giudizio possessorio e all'esecuzione della decisione, *nel caso che ne derivi o possa derivare un pregiudizio irreparabile al convenuto*.

Quando oggetto della controversia è un bene mobile, che il proprietario ha sottratto al possessore, quest'ultimo – in ipotesi, un ladro, un ricettatore o un truffatore – qualora rientri nel possesso della cosa, potrebbe agevolmente sbarazzarsene distruggendola, occultandola o alienandola ad un terzo di buona fede (art. 1153 c.c.). Se oggetto della controversia sia, invece, un bene immobile, che si assume illegittimamente costruito dallo *spoliator*, quest'ultimo potrebbe vedersi riconoscere il diritto a costruire soltanto dopo aver distrutto il manufatto. In questi casi, dunque – secondo la Consulta – appare più rispondente a un principio di economia processuale il sequestro giudiziario del bene, in attesa della definizione del giudizio petitorio, che accerti la sussistenza o meno del diritto di chi ha commesso lo spoglio.

Vi è contrasto in dottrina e in giurisprudenza sulla **nozione di** "**giudizio petitorio**".

Secondo la giurisprudenza, per giudizio petitorio, si intende soltanto quello in cui si controverte circa l'esistenza o meno del diritto di proprietà o di altro diritto reale sulla cosa. Resterebbero così esclusi i giudizi concernenti la validità o l'efficacia di un contratto (ad esempio, l'azione di risoluzione di un bene compravenduto) e quelli relativi a vincoli obbligatori (ad esempio, l'azione per la restituzione di un bene concesso in comodato).

Invero, ritenendo che siffatti giudizi non siano "petitori" e, pertanto, non siano sottoposti alla regola della previa definizione della causa possessoria, vi è il concreto rischio di privare il detentore della tutela recuperatoria nei confronti del possessore, che abbia commesso spoglio.

Si discute, altresì, se nel novero dei "giudizi petitori" rientri o meno il giudizio di divisione di un bene oggetto di comproprietà.

Sebbene il giudizio di divisione possa svolgersi senza contestazione formale in ordine alla titolarità del diritto di proprietà in capo ai soggetti condividenti, è altrettanto indubbio che il giudice debba comunque essere svolgere una fase preliminare di controllo in ordine alla contitolarità

del diritto fatto valere, indipendentemente dalla sussistenza di contrasti tra le parti. Inoltre, il c.d. carattere dichiarativo della divisione non contrasta affatto con la natura petitoria dell'azione.

2. L'azione di reintegrazione

Se il possessore viene privato violentemente od occultamente del possesso, egli può proporre azione di reintegrazione nei confronti dell'autore dello spoglio, allo scopo di riottenere la disponibilità materiale del bene (art. 1168 c.c.).

La **legittimazione attiva** spetta – come si è già detto – non soltanto al **possessore**, ma anche al **detentore qualificato** (anche nei confronti del possessore) e al **detentore non qualificato** nei confronti delle sole privazioni compiute dai terzi. È escluso, quindi, in modo assoluto, dalla legittimazione all'azione di spoglio il solo **detentore** ***per ragioni servizio o di ospitalità***.

Per detentore per ragioni di servizio si intende – secondo l'opinione prevalente – il preposto alle mansioni domestiche. Il detentore per ragioni di ospitalità è, invece, colui che si trovi in una relazione transitoria con la cosa, per effetto di una ospitalità revocabile *ad nutum* dalla persona ospitante.

La legittimazione attiva sussiste, ovviamente, anche in capo al **possessore che sia titolare del diritto reale sul bene**. In luogo dell'azione reale di rivendicazione (che comporta l'onere di provare la titolarità del diritto sul bene, in conseguenza di un acquisto a titolo derivativo o a titolo originario), costui, al fine di recuperare il bene che gli sia stato sottratto, privilegia generalmente l'azione di reintegrazione, il cui onere probatorio si riduce alla dimostrazione del *possesso* e dello *spoglio*.

La **legittimazione passiva** spetta all'**autore dello spoglio**, ma, se costui, prima della proposizione dell'azione, ha perso la disponibilità materiale del bene per averlo consegnato a un terzo, legittimato passivo all'azione di spoglio è **il terzo, purché egli abbia conseguito il possesso in virtù di un acquisto a titolo particolare fatto con la conoscenza dell'avvenuto spoglio** (art. 1169 c.c.). Se, invece, l'autore dello spoglio perde il possesso del bene *durante* la pendenza del giudizio di reintegrazione, il problema è risolto sul piano processuale mediante l'opponibilità della sentenza emessa tra le parti originarie nei confronti di chi sia succeduto a titolo particolare nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.). L'autore dello spoglio è, invece, l'unico legittimato passivo dell'azione risarcitoria per i danni derivanti dal patito spoglio (azione risarcitoria, che è l'unica che possa essere esperita, peraltro, nel caso in cui il bene sottratto sia stato distrutto).

La nozione di autore dello spoglio si estende, per giurisprudenza consolidata, anche all'**autore morale** dello spoglio, ossia a colui che abbia ordinato lo spoglio, ovvero lo abbia autorizzato o approvato *ex post* traendone profitto nella consapevolezza dell'illiceità del fatto.

Nel caso di **pluralità di autori dello spoglio**, la giurisprudenza esclude che tutti costoro siano parti necessarie del giudizio di reintegrazione (litisconsorzio necessario). Ciascun autore dello spoglio è integralmente responsabile dello spoglio e tutti rispondono, sul piano risarcitorio, ai sensi dell'art. 2055 c.c. È, invece, litisconsorte necessario – secondo la giurisprudenza – ancorché non abbia materialmente partecipato allo spoglio, il soggetto nella cui sfera giuridica è destinata a incidere materialmente la pronuncia: così, ad esempio, il proprietario del fondo su cui è stata eretta da un terzo (autore dello spoglio) una costruzione lesiva del possesso del vicino.

Il **presupposto oggettivo** dell'azione è rappresentato dallo "**spoglio**", la cui nozione deve essere distinta da quella della mera molestia del possesso, che costituisce, a sua

volta, il presupposto dell'azione di manutenzione. Sul piano teorico, si può definire come spoglio la sottrazione, totale o parziale, del bene dalla sfera della disponibilità del possessore, sicché, in conseguenza della condotta dell'autore, viene ad essere impedito, in tutto o in parte, l'esercizio del potere di fatto sulla cosa. La molestia, al contrario, consiste in una condotta, che si limita a frapporre un ostacolo, una difficoltà all'esercizio del possesso (che non risulta, tuttavia, impedito).

In concreto, la qualificazione in termini di spoglio o di molestia è operata dal giudice in relazione al caso concreto e, in particolare, alle caratteristiche del bene e alle modalità di possesso. Non mancano, peraltro, casi di obiettiva ambiguità e conseguente difficoltà di qualificazione. Ad esempio, la recinzione di un fondo da parte del compossessore può essere qualificata come spoglio, in ragione della restrizione che ne deriva al potere esercitato dall'altro compossessore di accedere da ogni lato del fondo; d'altra parte, la recinzione stessa non impedisce l'altrui godimento del fondo (potendo essere considerata addirittura un miglioramento del fondo), ma può renderlo semmai soltanto più difficile.

Oltre al requisito strutturale della sottrazione della disponibilità del bene, lo spoglio richiede anche un **elemento temporale**: lo spoglio non può consistere in un impedimento di natura momentanea o transitoria, ma deve precludere il godimento in modo, se non definitivo, quanto meno duraturo.

Lo spoglio può consistere in un **comportamento attivo od omissivo** (quando si risolva nella mancata – e dovuta – eliminazione dell'insorto impedimento al potere sulla cosa: ad esempio, il proprietario del fondo servente di una servitù di passaggio che, attraverso la mancata manutenzione del sentiero di passaggio, finisca con l'impedire l'esercizio della servitù stessa).

Si discute se il **rifiuto di restituzione del bene da parte del detentore** configuri uno spoglio: ad esempio, il conduttore rifiuta di restituire la cosa locata dopo lo spirare del termine contrattuale. Prevale la tesi negativa, in base all'argomentazione secondo cui l'estinzione del rapporto contrattuale non determina la cessazione dello *ius detentionis* (o dello *ius possessionis*, qualora il detentore abbia compiuto atti idonei a mutare la detenzione in possesso: art. 1141, 2° comma, c.c.); conseguentemente, il locatore, allo scopo di recuperare il bene, dovrà agire con l'azione contrattuale finalizzata alla restituzione.

Lo spoglio deve presentare i requisiti della **violenza** o della **clandestinità**.

Affinché lo spoglio debba considerarsi violento, non occorre che l'autore dello spoglio ponga in essere condotte di violenza materiale (o morale) contro le cose o la vittima dello spoglio, ma – secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale – è sufficiente che egli agisca contro la volontà, dichiarata o presunta, del possessore.

Tale estensiva nozione di violenza pone il **problema della distinzione tra "spoglio violento" e "spoglio non violento"**. Quest'ultimo attribuisce la legittimazione all'azione di reintegrazione soltanto nel caso in cui il possesso duri da oltre un anno, continuo e non interrotto e non sia stato acquistato violentemente o clandestinamente (c.d. spoglio *semplice* di cui all'art. 1170, ult. comma, c.c.).

Su tale punto, divergono le tesi della dottrina e della giurisprudenza. Secondo la maggioranza degli autori, infatti, per preservare all'art. 1170, ult. comma, c.c., un autonomo ambito di applicabilità, la nozione di "violenza" dell'art. 1168 c.c. presuppone o la vera e propria violenza materiale sulle cose o sulle persone, o, quanto meno, la violenza morale contro la persona, che consista in intimidazioni, minacce, ecc. Dal canto suo, la giurisprudenza rileva come, pur interpretando la "violenza" come mero contrasto con la volontà del possessore, l'art. 1170, ult. comma, c.c., conservi un proprio specifico ambito applicativo nelle ipotesi di inerzia o silenzio del possessore o della sua volontà carpita con dolo o viziata da errore.

La “clandestinità” dello spoglio richiede che l’autore abbia agito senza la presenza dell’interessato, il quale ne sia venuto a conoscenza in un momento successivo. Tale clandestinità – a differenza di quella che, ai sensi dell’art. 1163 c.c., vizia il possesso utile ai fini dell’usucapione – deve essere valutata esclusivamente in rapporto al possessore, essendo irrilevante, invece, che, di fronte al resto della collettività, l’autore dello spoglio abbia agito in modo palese e pubblico.

È discusso se sussista un **presupposto soggettivo** dello spoglio, consistente nel c.d. *animus spoliandi*. L’opinione tradizionale, nell’escludere la necessità di uno specifico intento doloso diretto alla consumazione dello spoglio, identifica tale presupposto nella consapevolezza di privare il possessore del godimento della cosa contro la sua volontà espressa o presunta.

Da questo punto di vista, la giurisprudenza ha affermato che non esclude l’*animus spoliandi* il **convincimento di esercitare un preteso diritto** contrapposto al godimento del possessore, neppure quando tale convincimento si basi su un titolo negoziale, che fondi tale presunto diritto.

Le Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 9871 del 1994), tuttavia, sono pervenute alla soluzione più radicale di escludere totalmente che l’*animus spoliandi* costituisca un requisito dell’azione di reintegrazione, reputando sufficiente, sul fondamento della qualificazione dello spoglio come “atto illecito”, il requisito del dolo o della colpa, valutato secondo i normali parametri dell’art. 2043 c.c.

La proposizione dell’azione di spoglio non richiede altri requisiti. In particolare, non occorre che il possesso duri da un certo tempo o che sia stato acquistato senza violenza o clandestinità: anche colui che possieda per il fatto di essersi illecitamente appropriato della cosa può beneficiare, dunque, di tale strumento di tutela, anche nei confronti del legittimo titolare del diritto. Soltanto nella fattispecie del c.d. **spoglio *semplice*** (art. 1170, 3° comma, c.c.) – come si è detto – occorre che il possesso duri da oltre un anno, continuo e non interrotto e non sia stato acquistato violentemente o clandestinamente (o, comunque, che la violenza o la clandestinità siano cessate da oltre un anno). La legittimazione all’azione di spoglio semplice, peraltro, spetta al solo possessore e non al detentore (come si evince dal richiamo al 2° comma dell’art. 1170 c.c., che si riferisce al solo possesso). Si ritiene, invece, che detta azione sia esperibile anche a tutela di beni mobili, posto che il 3° comma dell’art. 1170 c.c. omette di richiamare il 1° comma, ove è contenuta siffatta oggettiva limitazione alla proponibilità dell’azione di manutenzione. Infine, l’azione di spoglio semplice è proponibile anche contro il terzo, che abbia conseguito il possesso per effetto dello spoglio non violento o clandestino compiuto da altri, con la consapevolezza dell’illecito compiuto.

L’azione di reintegrazione è soggetta al **termine di decadenza** di un anno dal sofferto spoglio; termine che decorre dal giorno dello spoglio o, in caso di spoglio clandestino, dal giorno della scoperta dello spoglio (art. 1168, 3° comma, c.c.). Nel caso in cui lo spoglio si concretizzi in una pluralità di atti lesivi, il termine decorre dal primo atto, quando i successivi siano legati tra loro da un nesso di inscindibile dipendenza, sì da configurare la progressiva estrinsecazione di un unico spoglio; se si tratti, invece, di atti autonomi, costituente ciascuno un distinto spoglio, il termine decorrerà dal compimento di ciascun atto.

3. L’azione di manutenzione

L’azione di manutenzione consente di reagire alle molestie, che siano commesse ai danni del possessore. Non si tratta di un’azione di tipo recuperatorio (dato che il possessore permane nel godimento del bene), ma di un rimedio di carattere *conservativo*

e *preventivo*, finalizzato a mantenere il godimento del bene senza mutamenti o maggiori difficoltà di esercizio.

L'azione di manutenzione – a differenza di quella di spoglio – **tutela il solo possesso e non anche la detenzione**. Inoltre, **il possesso deve avere come oggetto beni immobili o universalità di mobili** e **deve durare, continuo e non interrotto, da più di un anno e non essere stato acquistato con violenza o clandestinità** (o comunque, la violenza o la clandestinità devono essere cessate da un anno).

La **limitazione dell'azione alla sola tutela dei beni immobili e delle universalità di mobili** si spiega soprattutto tenuto conto della maggiore facilità di proteggere il godimento dei beni mobili in via di autotutela e, inoltre, con l'esigenza di non ostacolare la circolazione di detti beni provocando un eccessivo contenzioso sul possesso degli stessi.

Quanto, invece, all'**esclusione della legittimazione attiva del detentore**, essa si spiega con la volontà legislativa di convogliare le doglianze del detentore, in ordine alle molestie del godimento, nell'ambito del rapporto obbligatorio a fondamento della detenzione: nel caso di molestie provenienti dal possessore, queste costituiscono inadempimento del possessore stesso; nel caso, invece, di molestie provenienti da terzi, l'iniziativa giudiziaria della manutenzione, a tutela del godimento del detentore, è rimessa al possessore mediato. Siffatta discriminazione tra possesso e detenzione è stata ritenuta, peraltro, costituzionalmente legittima (Corte cost. 20 marzo 1990, n. 151).

Il codice prevede, tuttavia, una particolare ipotesi di legittimazione attiva del detentore all'azione di manutenzione ed è quella dell'**art. 1585, 2° comma, c.c.**, secondo cui il conduttore può agire direttamente di fronte alle molestie dei terzi che non pretendono di avere diritti sulla cosa. In sostanza, mentre, in caso di molestie "di diritto", il locatore deve garantire il conduttore (e ad assumere la lite, qualora i terzi agiscano in via giudiziale), le molestie "di fatto" non rientrano nella garanzia cui è tenuto il locatore e, pertanto, il conduttore ha il potere di agire in proprio.

Anche il requisito temporale della **cessazione da almeno un anno della violenza o della clandestinità del possesso**, è stato oggetto di questione di legittimità costituzionale, che Corte cost. 22 luglio 1996, n. 290, ha dichiarato manifestamente infondata, "atteso il differente allarme sociale derivante da uno spoglio violento o clandestino rispetto ad uno spoglio pubblico e pacifico; il che giustifica, in caso di turbativa, la fruizione dello strumento possessorio in favore di chi per un anno ed un giorno abbia goduto del possesso in una forma che attesti un esercizio socialmente non contestato".

Gli elencati requisiti dell'azione di manutenzione (possesso ultrannuale, pacifico e pubblico, di beni immobili o universalità di mobili) costituiscono ***condizioni dell'azione***, la cui mancanza può essere rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

La **legittimazione passiva** spetta all'autore della molestia.

È discusso se, in applicazione analogica dell'art. 1169 c.c., tale legittimazione possa spettare anche al **successore a titolo particolare**, che abbia acquistato il bene strumentale alla molestia nella consapevolezza della condotta del *dante causa*: la soluzione negativa pare, invero, preferibile, tenuto conto che l'acquirente a titolo particolare non realizza, per il solo fatto di avere acquistato il possesso della cosa con cui è stata realizzata la molestia, alcuna turbativa; sicché, occorrerà verificare se l'acquirente persevererà nella molestia, ma, in tale ultima ipotesi, la sua legittimazione passiva sorgerà direttamente.

Il **presupposto oggettivo** dell'azione è costituito dalla molestia o turbativa del possesso.

Considerata l'ampia nozione di "spoglio" accolta dalla giurisprudenza, non risulta sempre agevole, specie in concreto, discriminare tra spoglio e molestia. In linea di massima – come si è detto – la molestia consiste in un fatto che rende disagevole l'altrui possesso senza impedirlo, mentre lo spoglio integra una privazione, totale o parziale, del possesso.

Si distingue la **molestia *di fatto***, che ricorre quando la turbativa incide sul concreto esercizio del potere di fatto esercitato dal possessore, dalla **molestia *di diritto***, che consiste, invece, nella contestazione dell'altrui possesso mediante atti giudiziali o stragiudiziali, manifestamente privi di fondamento, con i quali si pretende la cessazione o la modificazione della situazione possessoria (ad esempio, la pretesa di esercitare una servitù, la richiesta al possessore del pagamento di un canone in cambio del godimento del bene, ecc.).

Anche a proposito dell'azione di manutenzione, le Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza n. 9871 del 1994) hanno escluso la necessità di uno specifico ***animus turbandi***, reputando sufficiente l'elemento psicologico del dolo o della colpa dell'autore dello spoglio. Non senza contrasti, la giurisprudenza successiva pare essersi adeguata a tale autorevole indirizzo e ha ritenuto, conseguentemente, che, in applicazione delle cause soggettive che (anche in materia penale) escludono il dolo o la colpa, la molestia debba ritenersi esclusa in quei casi in cui l'autore abbia agito sulla base di un errore scusabile relativo ai presupposti della condotta (è stata esclusa, così, la molestia possessoria nel caso del proprietario che, turbando il possesso del proprietario del fondo confinante mediante la violazione delle norme locali sulle distanze tra edifici, aveva agito in una situazione in cui poteva ritenersi obiettivamente incerta l'applicabilità al caso concreto delle predette norme: Cass., 28 maggio 1999, n. 5200).

A pena di decadenza, il **termine** per proporre l'azione di manutenzione (al pari di quella di reintegrazione) è di un anno dal momento in cui si è verificata la turbativa. Considerato, tuttavia, un possibile atteggiamento di tolleranza da parte del possessore, che speri in una desistenza spontanea del molestatore, la giurisprudenza afferma, in taluni casi (ad esempio, l'apertura di un portone carraio), che la molestia può ritenersi integrata soltanto in seguito alla *reiterazione* di un determinato atto lesivo: in tal caso, il termine per l'azione decorre dall'atto che "perfeziona" la molestia.

4. L'azione di risarcimento del danno

La (quasi unanime) dottrina e la giurisprudenza qualificano la **lesione del possesso come fatto illecito**, rispetto al quale può essere proposta – alternativamente o cumulativamente con la domanda di reintegrazione o manutenzione – l'azione di risarcimento del danno.

Quando il possessore (o il detentore) riesca a recuperare il bene, il danno è limitato al **pregiudizio corrispondente al mancato godimento** per il periodo dello spoglio o al minor godimento causato dalla molestia. Come rimedio *accessorio*, l'azione di risarcimento del danno può essere proposta contestualmente alla domanda possessoria (art. 31 c.p.c.).

Come **rimedio *alternativo* alle azioni possessorie**, l'azione di risarcimento del danno risulta proponibile o nei casi di *impossibilità di recuperare il bene* (ad esempio, per distruzione o alienazione e consegna a terzo di buona fede), o di *mancanza di interesse al recupero* (ad esempio, per il detentore di un immobile, che abbia trovato altro più comodo alloggio).

Si discute del ***fondamento* dell'azione risarcitoria**, e cioè se essa richieda i medesimi presupposti delle azioni possessorie, oppure se trovi contenuto e disciplina nel principio generale della responsabilità aquiliana *ex* art. 2043 c.c.

Le conseguenze di tale diverso inquadramento dogmatico si riflettono sui seguenti aspetti: *a*) la competenza; *b*) il termine per la proposizione della domanda; *c*) i fatti costitutivi del diritto.

a) Qualora si consideri l'azione risarcitoria come fondata sul principio generale della responsabilità extracontrattuale, la competenza del giudice dovrebbe essere determinata per valore e non già per materia, ai sensi dell'art. 8 c.p.c.

b) Allo stesso modo, negando natura possessoria all'azione risarcitoria, quest'ultima potrebbe essere proposta nel termine di prescrizione di cinque anni (art. 2947, 1° comma), in luogo di quello di decadenza di un anno.

c) Infine, mentre nelle azioni possessorie il presupposto soggettivo sarebbe costituito dal

c.d. *animus spoliandi* o *turbandi*, ai sensi dell'art. 2043 c.c. l'attore deve provare il *dolo* o la *colpa* dello *spoliator*. Tale ultima differenza, tuttavia, viene a svanire alla luce del ricordato orientamento delle Sezioni Unite, secondo cui l'unico elemento psicologico, richiesto per l'ottenimento delle tutela possessoria, è dato proprio dal dolo o dalla colpa dell'autore dello spoglio o della turbativa.

La giurisprudenza si è pronunciata in favore del fondamento possessorio dell'azione di risarcimento del danno, sempre che il danno venga fatto consistere nella sola lesione del possesso e non si lamenti la lesione anche di altri diritti del possessore (Cass., 5 dicembre 2006, n. 25899).

5. Le azioni di nunciazione

Al possessore il codice attribuisce la legittimazione attiva alla proposizione di due azioni – volte a prevenire possibili danni materiali alla cosa oggetto del possesso e a tutelare, perciò, il ***diritto del possessore di continuare a godere del bene nello stato di fatto in cui si trova*** – che possono essere esperite anche dal proprietario o dal titolare di altro diritto reale di godimento. Poiché le azioni mirano a tutelare l'integrità del bene in quanto tale – e non semplicemente il *godimento* del bene da parte di chi si trovi ad averne la materiale disponibilità – è esclusa la legittimazione attiva del detentore.

Si tratta delle cc.dd. azioni di nunciazione, le quali – a seconda della diversa natura del pericolo temuto per la *res* – consistono nella *denuncia di nuova opera* e nella *denuncia di danno temuto*. Entrambe sono disciplinate anche nel codice di procedura civile (artt. 688-691), che le colloca nel Capo III del Libro IV, dedicato ai "procedimenti cautelari" ed è, invero, indubbia la loro **natura *cautelare*** rispetto alla tutela del diritto fatto valere: se, infatti, il titolare del diritto reale (o il possessore) dovesse attendere la definizione del giudizio ordinario per ottenere il riconoscimento del suo diritto a non subire pregiudizi ai danni della cosa, verosimilmente in questo lasso di tempo il danno verrebbe comunque a prodursi. Pertanto, la legge attribuisce al giudice il potere di emanare, dopo aver verificato l'esistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, il provvedimento cautelare in grado di anticipare temporaneamente gli effetti della sentenza di merito.

A) La **denuncia di nuova opera** (in diritto romano *operis novi nunciatio*) è l'azione con cui si domanda al giudice di vietare la continuazione della nuova opera, intrapresa da altri sul proprio (o sull'altrui) fondo, dalla quale sia per derivare danno alla cosa che forma l'oggetto del diritto reale o del possesso (art. 1171).

Il primo presupposto oggettivo consiste nel c.d. ***opus novum***, ossia nel mutamento dello stato dei luoghi, in conseguenza di un'attività compiuta sopra o sotto il fondo proprio o di altri (ad esempio, costruzione, demolizione, scavo, ecc.). Non rientrano, quindi, nel concetto di *opus novum* le attività di semplice manutenzione o di ripristino di un'opera già esistente.

Si esclude, da parte di alcuni, che il **taglio di alberi o di piantagioni** possa considerarsi un'opera compiuta direttamente *sul suolo*, ma si osserva, in senso contrario, come non vi sia ragione per limitare in tal modo la nozione di nuova opera, posto che anche tale attività può essere causa di danno attuale o futuro per la cosa posseduta.

L'opera deve essere stata intrapresa, ma non ancora compiuta. Altrimenti, in luogo dell'azione cautelare, si dovrà fare ricorso ad altri rimedi giudiziari, con cui far valere il diritto a non subire il pregiudizio derivante dalla nuova opera.

L'altro presupposto è costituito dal **ragionevole timore di danno** alla cosa che forma oggetto del diritto o del possesso. Non occorre, dunque, che il danno sia certo ed attuale, ma è sufficiente che l'opera possa rappresentare, secondo un criterio oggettivo, una fonte di danno futuro nell'ipotesi di suo completamento.

Secondo la giurisprudenza, la **violazione delle norme sulle distanze legali** tra edifici integra il pericolo di danno tale da consentire la denuncia di nuova opera. Nella fase giudiziale di merito (successiva a quella di nunciazione, che si svolge, invece, a cognizione *sommaria*, come si evince espressamente dal disposto dell'art. 1171, 2° comma, c.c.), il danneggiato potrà domandare, a tutela del suo diritto o del suo possesso, la riduzione in pristino.

Qualora, invece, la nuova opera violi norme edilizie diverse da quelle in materia di distanze tra edifici, ma relative ad aspetti concernenti, ad esempio, l'altezza massima degli edifici, il limite di superficie edificabile, nonché l'igiene o l'estetica, l'unico rimedio esperibile dal proprietario o dal possessore del fondo limitrofo è quello del risarcimento del danno. Conseguentemente, non sarà proponibile la denuncia di nuova opera, che può essere diretta soltanto ad ottenere un provvedimento strumentale alla riduzione in pristino e non al solo risarcimento del danno.

Il termine per la proposizione dell'azione è di un anno dall'inizio dell'opera. Ciò è dovuto alla volontà di non ordinare la sospensione della realizzazione di opere, dopo un considerevole lasso di tempo trascorso dall'inizio della realizzazione. Il difetto di tale presupposto non impedisce la proposizione dell'azione ordinaria di merito. Il termine è a pena di decadenza e, trattandosi di un presupposto dell'azione, la prova relativa al momento iniziale di realizzazione dell'opera grava sul denunciante.

La **legittimazione passiva** appartiene a colui che realizza la nuova opera. Anche la pubblica amministrazione può essere convenuta in giudizio quando l'opera si inserisca in un'attività *iure privatorum* e non costituisca, pertanto, l'attuazione di una finalità istituzionale o di un atto amministrativo.

La giurisprudenza distingue, tuttavia, tra la legittimazione passiva della fase cautelare e quella della fase di merito (**criterio della** "**doppia legittimazione**"): nella prima fase, legittimato passivo è l'autore dell'opera, cioè chi ne assume l'iniziativa (esecutore materiale o morale della medesima); nella seconda fase, la legittimazione passiva si determina in base alla domanda proposta, secondo le regole generali, ossia il legittimato passivo si identifica in colui che è destinatario del comando dettato dalla norma indicata dall'attore e, quindi, l'esecutore morale o materiale dell'opera, se il denunciante agisce in sede possessoria, ed il proprietario o il titolare di altro diritto reale, se il denunciante agisce in sede petitoria.

L'esecuzione di un'opera, dalla quale possa derivare un danno per la cosa oggetto di altrui diritto o possesso, configura un **atto illecito**: il denunciante, perciò, può domandare, nella fase di merito, anche il risarcimento del danno che abbia già sofferto.

Nella fase sommaria – disciplinata dall'art. 1171, 2° comma, c.c. – il giudice, presa sommaria conoscenza del fatto (nel senso sopra precisato), *può vietare la continuazione dell'opera, ovvero permetterla, ordinando le opportune cautele*. Se è vietata la continuazione dell'opera, il denunciante è tenuto a garantire il danno derivante dalla sospensione dell'opera, nell'ipotesi in cui le sue doglianze risultino infondate all'esito del giudizio di merito. Se, invece, il giudice autorizza la continuazione dell'opera, la cautela deve essere disposta per la demolizione o riduzione dell'opera e nei riguardi del possibile danno che possa derivare alla cosa. In entrambi in casi, la garanzia può essere reale o personale e può consistere anche nel versamento di una cauzione.

B) La **denuncia di danno temuto** (*cautio damni infecti*) è l'azione proponibile quando il proprietario, il titolare di altro diritto reale di godimento o il possessore abbia ragione di temere che da qualsiasi edificio, albero o altra cosa sovrasti un pericolo di danno grave e prossimo alla cosa oggetto del diritto o del possesso (art. 1172 c.c.).

Mentre con la denuncia di nuova opera, il denunciante lamenta un *facere*, da cui possa derivare pregiudizio alla sua cosa, nella denuncia di danno temuto si contesta la legittimità di un *non facere* da parte del soggetto tenuto alla manutenzione o alla custodia dell'edificio, dell'albero o dell'altra cosa da cui sovrasti il pericolo. Il comportamen-

to omissivo deve essere illecito, ossia costituire la violazione di un preciso obbligo giuridico; viceversa, il giudice non potrebbe condannare a porre in essere quei comportamenti in grado di scongiurare il pericolo denunciato.

Il **presupposto oggettivo** dell'azione è costituito dal pericolo di danno grave e prossimo alla cosa. Non occorre che tale pericolo sia stato causato da una condotta dolosa o colposa del soggetto tenuto alla manutenzione della "cosa pericolosa": il pericolo può derivare anche da una causa naturale, ma su tale causa deve innestarsi una successiva omissione da parte del soggetto obbligato a rimuovere il pericolo.

La **legittimazione passiva** appartiene sempre a colui che, essendovi obbligato, abbia omesso di espletare l'attività necessaria per evitare l'insorgenza del pericolo e, pertanto – tanto nella fase cautelare, quanto in quella di merito – il proprietario della cosa o, comunque, il titolare del diritto reale portatore dell'obbligo (non si applica, in tal caso, il criterio della doppia legittimazione, applicato, invece, dalla giurisprudenza nella denuncia di nuova opera).

Considerato che il presupposto oggettivo dell'azione è costituito dal pericolo grave e *prossimo* alla cosa, non è previsto alcun termine di decadenza per la sua proposizione.

L'autorità giudiziaria, dopo avere accertato l'esistenza del pericolo denunciato, ordina la realizzazione di quelle opere in grado di prevenire il danno; in ogni caso, può disporre, a carico del proprietario o del soggetto obbligato, la prestazione di un'adeguata garanzia per gli eventuali danni (art. 1172, 2° comma, c.c.).

CAPITOLO DECIMO
LA FAMIGLIA

Il codice civile vigente non definisce la ***nozione di famiglia****; anzi, essa non veniva neppure menzionata nella rubrica del Libro I che, fino alla redazione del "progetto definitivo", parlava soltanto di "persone", riproducendo tale e quale la rubrica del Libro I del codice civile del 1865 e, prima ancora, di quella del Libro I del Code Napoléon. Era, questo silenzio, il riconoscimento della famiglia come "****istituto pregiuridico****", "un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto", secondo l'efficace immagine di Arturo Carlo Jemolo. L'aggiunta, all'ultimo momento, della "famiglia" nella rubrica del Libro I fu, verosimilmente, un omaggio – favorito dall'ideologia politica del tempo – alla concezione della famiglia come "****nucleo sociale elementare dello Stato****", che Antonio Cicu aveva tratto dalla concezione hegeliana diretta ad avvicinare famiglia e Stato etico all'interno del c.d. "organismo etico". Ma alla evidente diversità ideologica delle concezioni appena ricordate corrispondeva un modello di famiglia sostanzialmente omogeneo; "un istituto statico per natura – questa era la sintesi di Giovan Battista Funaioli – siccome più di ogni altro perenne", sedimentato dalla* ***tradizione****, "unica e suprema garanzia al mutar delle leggi". Invero, definire la famiglia come "istituto" ovvero come "organismo" significava identificare un interesse (istituzionale, ovvero organico) "superiore" e, quindi, distinto rispetto a quello dei singoli familiari. Per garantire la realizzazione di tale interesse veniva ritenuta indispensabile una* ***struttura cogente, gerarchicamente ordinata, istituzionalmente discriminatoria****: la cogenza era assicurata dalla indissolubilità del vincolo matrimoniale; l'ordine gerarchico poggiava sulla potestà (maritale e patria) esercitata dal marito e padre nella sua funzione di "capo della famiglia"; la discriminazione faceva leva sul trattamento istituzionalmente differenziato dei figli, che si rispecchiava nella distinzione – di per sé eloquente, già al livello definitorio – tra filiazione legittima (Capo I del Titolo VII) e filiazione illegittima (Capo II dello stesso Titolo).*

*Una definizione della famiglia, come "****società naturale fondata sul matrimonio****", a sua volta "ordinato sulla* ***eguaglianza morale e giuridica dei coniugi****", compare per la prima volta nella* ***Costituzione*** *(art. 29): la quale ha inteso introdurre un* ***modello comunitario****, recependo i risultati di un processo sociale di trasformazione della struttura familiare diretto a degradare la cogenza della struttura a (semplice) stabilità (donde la mancata menzione del principio di indissolubilità del vincolo coniugale), sostituendo il criterio autoritario poggiante sulla potestà maritale (e patria) con il criterio democratico dell'****accordo tra i coniugi*** *(e tra i genitori), e considerando* ***ingiustificata*** *una* ***istituzionale discriminazione di trattamento a danno dei "figli nati fuori dal matrimonio"***

*(art. 30), che pertanto non possono continuare a definirsi "figli illegittimi". E il legislatore ordinario, sia pure con notevole ritardo, ha provveduto a dare attuazione ai princìpi costituzionali: la l. 19 maggio 1975, n. 151 che ha introdotto nel codice la "**riforma del diritto di famiglia**", è stata preceduta dalla legge che, fuori dal codice, ha introdotto **l'istituto del divorzio** (l. 1 dicembre 1970, che pudicamente parla di "casi di scioglimento del matrimonio") ed è stata seguita da un'altra legge fondamentale (l. 4 maggio 1983, n. 184, modificata dalla l. 28 marzo 2001, n. 149) che, nel dettare (sempre fuori dal codice) **la nuova disciplina dell'adozione dei minori**, sancisce – questa è, ora, la rubrica della legge "modificata" – il "diritto del minore ad una famiglia".*

*Tuttavia, la definizione costituzionale della famiglia, e la conseguente traduzione in regole normative dei relativi princìpi, pur profondamente innovative, evidenziano agli occhi del giurista contemporaneo significativi **silenzi**, sorprendenti **resistenze della tradizione, anacronistici residui delle concezioni definitivamente superate**.*

*Il silenzio più significativo concerne il **fenomeno sociale delle convivenze**, in un primo tempo esclusivamente more uxorio, in seguito anche omosessuali; un silenzio solo di recente marginalmente rotto (ma non superato) da leggi che hanno introdotto nel codice un riferimento al "convivente", equiparato al coniuge in tema di "ordini di protezione contro gli abusi familiari" (è il caso dei nuovi artt. 342 bis c.c. e 342 ter c.c.) o ai fini della scelta di un amministratore di sostegno (ove il legislatore precisa che deve trattarsi di "persona stabilmente convivente": è il caso del nuovo art. 408 c.c.), ovvero da leggi che, fuori dal codice, hanno previsto un'equiparazione tra coppie coniugate e coppie conviventi di sesso diverso (è il caso esemplare della legge "in materia di procreazione medicalmente assistita – l. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 5 – che peraltro inspiegabilmente non prevede il presupposto della stabilità).*

*Si tratta di un fenomeno sociale diffuso, e ormai pacificamente ritenuto meritevole di protezione da parte del diritto, senza che peraltro ad esso corrisponda ancora una risposta giuridica univoca. A quanti, in dottrina, tendono a favorire un processo di ampia assimilazione tra la disciplina normativa della famiglia c.d. legittima e l'auspicata regolamentazione delle convivenze proponendo "uno statuto delle coppie conviventi" ispirato a un modello normativo specificamente "giusfamiliare" (è questa, per esempio, la proposta di Enzo Roppo) si contrappone l'approccio di coloro che tendono invece a sottolineare la "profonda differenza" intercorrente tra disciplina della famiglia fondata sul matrimonio e mere convivenze: "la prima – questa è, per esempio, la conclusione di Francesco Gazzoni – è tipizzata e legale", mentre la strada attraverso cui passa la garanzia giuridica delle seconde "non è quella della legge, ma l'altra dell'autonomia privata". Questo **persistente disorientamento** trova conferma sul piano della comparazione. In Europa, mentre il legislatore francese ha introdotto nel Code civil un "**pacte civil de solidarité**" **(PACS)** idoneo ad adattarsi, in virtù del suo contenuto essenzialmente convenzionale (pur se opportunamente limitato da alcuni vincoli legali a presidio della enunciata "solidarietà"), alla variegata gamma delle convivenze (tanto eterosessuali quanto omosessuali) senza peraltro scalfire la distinzione, che rimane ferma, rispetto al matrimonio, l'approccio adottato dal legislatore tedesco si impernia sulla creazione normativa di un apposito istituto (la **Lebenspartnerschaft**) destinato a regolare le sole **unioni omosessuali** attribuendo ai Lebenspartners diritti e obblighi eguali o simili a quelli discendenti dal matrimonio, e vietando al tempo stesso l'accesso a questo istituto alle coppie ete-*

rosessuali: alle quali – ha sentenziato la Corte costituzionale tedesca nel respingere la questione di legittimità costituzionale all'uopo sollevata sotto il profilo della disparità di trattamento – rimane "aperto l'accesso al matrimonio".

*La legge tedesca, ispirandosi al principio enunciato dalla **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza)** – che all'**art. 9** garantisce a tutti gli individui "**il diritto di sposarsi**" –, sembra così voler incrinare il portato di una secolare tradizione che ha resistito fino ai giorni nostri senza che sia stata mai avvertita la necessità di tradurla in una specifica previsione normativa: quella "**diversità di sesso** tra le persone che contraggono il vincolo" che Jemolo, pur essendo tra i primi in Italia a prendere in attenta considerazione la tendenza a "convivere come coniugi", individuava come "**l'unico presupposto veramente costante del matrimonio**". Un presupposto, peraltro, abbandonato dalle leggi approvate in Spagna, Belgio e Paesi Bassi, tagliando di netto il nodo gordiano del matrimonio a vantaggio delle coppie omosessuali. Ma la resistenza della tradizione sembra ancora forte e culturalmente fondata in Europa, se la Corte di Giustizia ha sentenziato di considerare "pacifico" che il concetto di matrimonio, "secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri", si riferisce a "una unione tra due persone di sesso diverso". Resta la difficoltà di prevedere l'impatto del cambiamento delle legislazioni nazionali sulla giurisprudenza comunitaria. Nella prima decisione che applica il principio della parità di trattamento indipendentemente dall'orientamento sessuale sancito dalla direttiva 2000/78, la stessa Corte ha stabilito che il mancato riconoscimento della pensione al convivente omosessuale legato al defunto da un'unione registrata (Lebenspartnerschaft) costituisce un comportamento discriminatorio da parte dell'ente pensionistico (caso Maruko).*

*Un'**altra tradizione tenacemente resistente**, **in Italia**, è quella della **trasmissione al figlio legittimo del cognome del padre**. Nessuna legge la prevede esplicitamente; neppure quella che, nel riformare il diritto di famiglia, ha introdotto nel codice una norma assai articolata sul cognome del figlio naturale (art. 262). Qui, peraltro, si è in presenza di un anacronistico residuo della concezione patriarcale della famiglia, sorprendentemente sfuggito all'attenzione dei riformatori ma divenuto di attualità a seguito di una decisione della Corte di Cassazione che ha posto la questione di legittimità costituzionale, e comunque verosimilmente destinato ad essere soppiantato da una legge che, come da tempo è avvenuto per esempio in Germania, privilegi il criterio della **scelta dei coniugi**. Con una decisione invero poco coraggiosa la Corte ha peraltro ritenuto manifestamente inammissibile la questione,* en attendent *il legislatore.*

*Tornando in conclusione a parafrasare la celebre immagine suggerita da Jemolo, si potrebbe dire che attorno all'isola grande, che è ancora quella della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, tradizionalmente inteso, è spuntato un arcipelago di piccole isole, i **rapporti parafamiliari**.*

*Deve peraltro rimanere fermo il messaggio del massimo studioso italiano delle formazioni sociali; e cioè che questi ultimi, "labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, sono **istituti**, mentre il matrimonio – questa è la conclusione di Pietro Rescigno – pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini rimane **l'istituzione**".*

Sezione Prima
FAMIGLIA E MATRIMONIO

I. NOZIONI GENERALI

1. La famiglia nella Costituzione, nel Codice civile e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

L'**art. 29 Cost.** definisce la famiglia come una "**società naturale fondata sul matrimonio**".

Il concetto di *società naturale* – che evoca la formula canonistica del *consortium vitae coniugalis* (art. 1135 cod. dir. can.) – richiama la struttura necessariamente comunitaria della famiglia e allude alla rilevanza sociale e giuridica, che la famiglia ha assunto in ogni civiltà ed epoca storica.

Tale definizione, peraltro, non ha sopito il **dibattito dottrinale**, che – già prima del codice civile del 1942 – aveva contrapposto, da un lato, una concezione della famiglia intesa come "istituto pregiuridico" che il diritto positivo recepisce dal diritto naturale, e, dall'altro, la configurazione della famiglia in termini di "organismo", ai confini tra diritto privato e diritto pubblico, destinato a costituire il "nucleo elementare dello Stato".

Nonostante la diversità dei presupposti ideologici, entrambe le concezioni identificavano nella famiglia un "interesse superiore" (distinto da quello dei singoli componenti), per la realizzazione del quale venivano ritenuti indispensabili, da una parte, una struttura *cogente* (garantita dal principio di indissolubilità del matrimonio) e, dall'altra, un ordine gerarchico (fondato sulla potestà maritale e paterna).

Tali concezioni sono state ripudiate dal legislatore costituzionale, che ha escluso il principio di indissolubilità del matrimonio e sostituito il criterio dell'autorità maritale e patria col principio dell'"eguaglianza morale e giuridica dei coniugi" (art. 29, 2° comma, Cost.).

Anche in seguito all'approvazione della carta costituzionale, tuttavia, la nozione di "società naturale" ha dato adito alla contrapposizione tra coloro che, da una parte, valorizzando un presunto richiamo al "diritto naturale", hanno ritenuto di giustificare l'attribuzione normale al marito dell'ufficio di capo della famiglia", e coloro i quali, dall'altra, hanno attribuito, al contrario, all'espressione "società naturale" un significato paritetico a quello di "formazione sociale" (contenuto nell'art. 2 Cost.), allo scopo di ricomprendere nella nozione di famiglia ogni spontanea forma di convivenza desumibile dalla realtà sociale.

In verità, il riconoscimento, da parte della Costituzione, dei "diritti della famiglia" consente di escludere qualsivoglia generico rinvio al diritto naturale e di attribuire un fondamento strettamente normativo al modello comunitario richiamato dalla nozione di *società naturale*. Tale modello, peraltro – in quanto espressamente fondato sul matrimonio e, conseguentemente, sul-

l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, nonché sui diritti e doveri, che vincolano i genitori ai figli (secondo la previsione del successivo art. 30 Cost.) – evidenzia le sue peculiarità rispetto a qualunque altra "formazione sociale", nella quale si svolga la personalità dell'individuo (art. 2 Cost.).

La famiglia, inoltre, alla stregua della norma costituzionale, si fonda sull'istituto del *matrimonio*, disciplinato dal Libro I del codice civile alla stregua di un negozio giuridico non patrimoniale, che, nella misura in cui vincola giuridicamente i coniugi, assicura la tendenziale stabilità del rapporto coniugale e, in senso ampio, della comunità familiare costituita dai coniugi e dai loro figli. Il criterio ordinatore del matrimonio è costituito dall'*eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, rispetto al quale la legge può stabilire limiti soltanto "a garanzia dell'unità familiare" (art. 29, 2° comma, Cost.).

La Costituzione qualifica, dunque, come "famiglia" – della quale la Repubblica "riconosce i diritti" – la c.d. **famiglia nucleare**, composta dai coniugi e dai figli eventualmente nati dal matrimonio e, solitamente, conviventi.

Rispetto a tale modello, tuttavia, non mancano indicazioni normative, volte a riconoscere la rilevanza giuridica di **contesti familiari** "**allargati**" (si pensi all'*impresa familiare*, di cui all'art. 230 *bis* c.c., o alla *famiglia coltivatrice*, di cui all'art. 48, l. 3 maggio 1982, n. 203). Per altro verso, non può escludersi la qualificazione in termini di "famiglia" a quelle comunità – costituite da due sole persone conviventi (c.d. **famiglia monoparentale**) – formatesi in seguito a riconoscimento di figlio naturale o ad adozione in casi particolari (art. 44, l. 4 maggio 1983, n. 184).

Sebbene, quindi, la Costituzione, attraverso il richiamo al matrimonio come "fondamento" della famiglia, sancisca il riconoscimento dei diritti della sola famiglia "legittima" (formata dai coniugi e dai figli nati dal matrimonio), la successiva norma (art. 30 Cost.) – dedicata ai rapporti tra genitori e figli – stabilisce il dovere e il diritto dei genitori di "mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio" e prevede, altresì, la necessità di assicurare per legge ai **figli** "**naturali**" "ogni tutela giuridica e sociale", con il solo limite della "compatibilità" con i diritti dei membri della famiglia legittima.

Il modello costituzionale di famiglia ha indotto il legislatore ordinario ad attuare – attraverso la **l. 19 maggio 1975, n. 151** – una profonda revisione dell'intera disciplina del diritto di famiglia, già contenuta nel Libro I del codice civile, conformandola al principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e alla prospettiva dell'equiparazione giuridica tra filiazione legittima e filiazione naturale.

La **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea** (approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 e ormai definitivamente adottata come fonte normativa europea in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009, riconosce "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia" (art. 9), ma rinvia alle leggi degli Stati nazionali per la disciplina dell'esercizio dei medesimi diritti e, implicitamente, per la definizione delle stesse nozioni di "matrimonio" e di "famiglia".

2. La famiglia di fatto

Al modello di famiglia, delineato dalla Costituzione, è certamente estraneo il fenomeno della c.d. famiglia di fatto, che consiste nella **convivenza stabile, e non occasionale, tra soggetti che assumono reciprocamente – per l'appunto, *di fatto* – comportamenti corrispondenti ai diritti e doveri, che caratterizzano l'unione coniugale**.

Sul piano della **vigente disciplina legislativa**, la famiglia di fatto resta priva di un'organica regolamentazione e assume una **rilevanza soltanto occasionale** (ad esempio, in tema di facoltà di astensione dalla testimonianza nel processo penale: art. 199 c.p.p.; a proposito del requisito di idoneità dei coniugi ai fini dell'adozione: art. 6, 4° comma, l. 4 maggio 1983, n. 184; in materia di scelta dell'amministratore di sostegno: art. 408 c.c.; ecc.). L'applicabilità dell'istituto della successione nel contratto di locazione (art. 6, l. 27 luglio 1978, n. 392) è stata estesa alla famiglia di fatto dalla Corte costituzionale (sentenza 7 aprile 1988, n. 404), la quale, tuttavia, ha negato l'analogia rispetto alla famiglia legittima, motivando in ragione della necessità di assicurare tutela all'interesse personale del convivente (diritto all'abitazione), tutelabile direttamente ai sensi dell'art. 2 Cost.

Laddove, invece, la censura di incostituzionalità è stata formulata dal punto di vista della presunta illegittimità della disparità di trattamento tra coniuge e convivente *more uxorio* in ordine alla titolarità di un diritto, la Corte ha sempre dichiarato infondata la questione. Per questa ragione è stata negata l'illegittimità costituzionale:

— dell'esclusione del convivente *more uxorio* dal novero degli eredi legittimi, nonché del mancato riconoscimento al convivente *more uxorio* del diritto di abitazione e di uso, previsto dall'art. 540, 2° comma, c.c. in favore del coniuge del defunto (Corte cost. 26 maggio 1989, n. 310);

— della mancata inclusione del convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità (Corte cost. 27 marzo 2009, n. 86)

— della mancata estensione ai conviventi *more uxorio* della causa di sospensione della prescrizione dettata per i rapporti tra coniugi in costanza di matrimonio (Corte cost. 29 gennaio 1998, n. 2);

— dell'inapplicabilità del procedimento previsto per la separazione personale tra coniugi (artt. 706 ss. c.p.c.) nel caso di rottura della convivenza, anche in presenza di figli naturali (Corte cost. 13 maggio 1998, n. 166).

La giurisprudenza (di merito e di legittimità) ha attribuito rilevanza al vincolo affettivo, che connota la famiglia di fatto, soltanto in settori specifici, a tutela dell'interesse di uno dei conviventi sia nell'ambito dei *rapporti interni* alla coppia, sia *nei confronti di eventuali terzi*.

A) Dal primo punto di vista, è stata talvolta riconosciuta, ad esempio, la **legittimazione del convivente *more uxorio* alla proposizione dell'azione di reintegrazione** nell'ipotesi di violenta o clandestina estromissione, da parte dell'altro convivente, dal godimento dell'abitazione ove si svolgeva il comune *ménage*.

Sempre sul piano dei rapporti "interni", è stato negato il **diritto del convivente *more uxorio* a ripetere le eventuali attribuzioni patrimoniali effettuate nel corso della convivenza**, qualificandole come adempimento di obbligazioni naturali derivanti da doveri morali o sociali, a condizione che le prestazioni risultino adeguate alle circostanze e proporzionate all'entità del patrimonio e alle condizioni sociali del *solvens* (Cass., 13 marzo 2003, n. 3713).

Sempre sul piano dei rapporti interni, la giurisprudenza ha affermato che l'**attività lavorativa e di assistenza** svolta all'interno di un contesto familiare in favore del convivente *more uxorio* trova di regola la sua causa nei vincoli di fatto di solidarietà ed affettività esistenti, alternativi rispetto ai vincoli tipici di un rapporto a prestazioni corrispettive, qual è il rapporto di lavoro subordinato (Cass., 15 marzo 2006, n. 5632). Tuttavia, la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto all'indennizzo *ex* art. 2041 c.c. in favore del convivente *more uxorio,* il quale aveva fornito un rilevante contributo economico lavorativo all'altro, che nel corso della lunga convivenza aveva acquistato alcuni immobili, e ha determinato il valore dell'indebito arricchimento nella misura del 50 per cento degli immobili acquistati (Cass., 15 maggio 2009, n. 11330).

B) Sul piano dei rapporti tra conviventi e terzi, è stato riconosciuto **il diritto del**

convivente *more uxorio* al risarcimento dei danni subiti per la morte del *partner* conseguente al fatto illecito del terzo (Cass., 29 aprile 2005, n. 8976).

La giurisprudenza, altresì – pur escludendo che la convivenza *more uxorio*, instaurata dal coniuge creditore dell'**assegno di divorzio**, possa comportare la cessazione dell'obbligazione gravante sull'altro *ex* coniuge (posto che l'art. 5, l. 1° dicembre 1970, n. 898, subordina tale cessazione alla precisa condizione del "passaggio a nuove nozze" da parte dell'avente diritto) – ammette, tuttavia, che la circostanza possa determinare il miglioramento delle condizioni economiche di quest'ultimo e, pertanto, la possibile riduzione dell'entità dell'assegno stesso (Cass., 7 luglio 2008, n. 18593).

Sempre in materia di divorzio, si esclude che, ai fini della determinazione della "durata del matrimonio" – alla quale l'art. 9, l. 1° dicembre 1970, n. 898, collega la determinazione delle quote della pensione di reversibilità, rispettivamente spettanti al coniuge divorziato e al coniuge superstite – possa assumere rilevanza l'eventuale periodo di convivenza *more uxorio* che abbia preceduto la stipulazione del secondo matrimonio.

Neppure può affermarsi che il riconoscimento normativo della famiglia di fatto si evinca dall'**art. 317 *bis* c.c.**, il quale si limita a disciplinare l'esercizio della potestà da parte dei genitori naturali conviventi. Tuttavia, tale norma ha consentito di estendere alla famiglia di fatto (composta dai genitori naturali e dai figli) quelle previsioni normative che, pur previste in materia di famiglia legittima, non risultino incompatibili con la "precarietà" della convivenza dei genitori naturali. In questo senso, argomentando *ex* art. 315 c.c., si è affermato l'obbligo del figlio convivente di contribuire al mantenimento della famiglia di fatto, nonché la titolarità in capo ai genitori naturali dell'usufrutto legale sui beni dei figli minori.

Con una pronuncia interpretativa di rigetto (sentenza 13 maggio 1998, n. 166), la Corte costituzionale ha riconosciuto – già prima dell'integrale equiparazione della tutela della prole in ogni ipotesi di rottura della relazione giuridica o di fatto tra i genitori, in seguito alla riforma in materia di affidamento condiviso (l. 8 febbraio 2006, n. 54; *infra* Sez. V, I, § 6.1) – il potere del giudice di **assegnazione della casa familiare, in caso di rottura della convivenza *more uxorio*, al genitore affidatario dei figli minori o non economicamente autosufficienti**, per effetto del principio di responsabilità genitoriale, che impone, indipendentemente dalla qualificazione dello *status* (legittimo o naturale) dei figli, il soddisfacimento dei bisogni di mantenimento della prole e, dunque, anche di quello della conservazione e del godimento dell'ambiente domestico, quale centro di affetti, interessi e consuetudini di vita.

Nella medesima pronuncia, si è affermato che la convivenza *more uxorio* rappresenta l'effetto di una scelta di libertà dalle regole costruite dal legislatore per il matrimonio, donde l'impossibilità – pena la violazione della libera determinazione della parti – di estendere alla famiglia di fatto le regole (anche processuali) connesse all'istituto matrimoniale. La famiglia di fatto, pertanto, trova il suo principio costituzionale di riferimento, non già nelle norme degli artt. 29-31, bensì nell'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle *formazioni sociali* ove si svolge la sua personalità.

Del tutto improprio si rivela, di conseguenza, non soltanto il tentativo interpretativo favorevole all'applicabilità analogica alla convivenza *more uxorio* delle norme e degli istituti dettati per la famiglia legittima, ma anche quell'orientamento che afferma l'opportunità di una **disciplina legislativa di riconoscimento e tutela della famiglia di fatto**: la "tipizzazione" del fenomeno rischierebbe di dar vita ad una sorta di *istituto matrimoniale minore* e di contraddire alle stesse motivazioni, che inducono i conviventi a non formalizzare la loro unione.

Più appropriato appare, invece, il ricorso agli **atti di autonomia privata**, quale stru-

mento di autoregolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i conviventi e delle eventuali conseguenze della cessazione della convivenza, nonostante l'esigenza di contemperare l'autonomia negoziale con i principi generali sulla dignità e libertà individuale, onde prevenire possibili arbitri ai danni del *partner* più debole.

3. Parentela e affinità

La **parentela** è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite (art. 74 c.c.). Consiste in un legame di sangue tra persone, che hanno in comune la discendenza da uno stesso soggetto.

Si distingue tra parentela in **linea retta** e parentela in **linea collaterale** (art. 75 c.c.). Per "linea retta" si intende la generazione in senso verticale, tra padre e figlio e tra quest'ultimo e i suoi rispettivi figli. La parentela collaterale, invece, indica il legame intercorrente tra persone che hanno in comune un ascendente, ma senza che l'una abbia generato l'altra (ad esempio, i fratelli, lo zio e il nipote).

L'"intensità" del vincolo di parentela si misura per **gradi**, vale a dire per livelli di contiguità nella discendenza. Il **grado di parentela** si computa, nella linea retta, sulla base del numero delle generazioni (*tot sunt gradus quot generationes*: ad esempio, padre e figlio sono parenti in linea retta di primo grado; nonno e nipote *ex filio* sono parenti in linea retta di secondo grado, ecc.); nella linea collaterale, i gradi si computano dalle generazioni, salendo da uno dei parenti fino allo stipite comune e da questo discendendo fino all'altro parente, sempre restando escluso lo stipite (art. 76 c.c.).

In altri termini, nella linea collaterale il **grado parentela** si calcola sommando, da una parte, il grado di parentela in linea retta di una persona rispetto allo stipite e, dall'altra parte, il grado di parentela in liena retta dell'altra persone rispetto al medesimo stipite.

Così, ad esempio, i fratelli (*germani*, se aventi in comune entrambi i genitori; *consanguinei*, se aventi in comune il solo padre; *uterini*, se aventi in comune solo la madre) sono parenti in linea collaterale di secondo grado, posto ciascuno di essi è parente in linea retta di primo grado rispetto al padre (o alla madre) comune; zio e nipote *ex fratre* sono parenti in linea collaterale di terzo grado; i cugini in quarto grado; il prozio e il pronipote *ex fratre* in quinto grado; i procugini in sesto grado.

Salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario, il vincolo di parentela non ha più rilevanza giuridica oltre il sesto grado (art. 77 c.c.).

L'**affinità** è il vincolo tra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge (art. 78 c.c.). Essa assume la stessa linea e lo stesso grado del vincolo che lega il coniuge ai suoi parenti (così, ad esempio, il genero e la nuora sono affini dei suoceri in linea retta di primo grado; i cognati sono affini in linea collaterale di secondo grado).

L'affinità non cessa con la morte, anche senza prole, del coniuge da cui deriva (*adfinitas in coniuge superstite non delatur*), salvo che per alcuni effetti specialmente determinati dalla legge (art. 78, 3° comma, c.c.).

Tra questi effetti specialmente determinati dalla legge, ricorre, ad esempio, la cessazione dell'obbligazione alimentare (art. 434 c.c.):

1) quando la persona che ha diritto agli alimenti è passata a nuove nozze;

2) quando il coniuge, da cui deriva l'affinità, e i figli nati dalla sua unione con l'altro ciniuge e i loro discendenti sono morti.

L'affinità cessa se il matrimonio è dichiarato nullo, salvi gli effetti di cui all'art. 87, n. 4, c.c. (*infra*, Sez. II, § 2) (art. 78, 3° comma, c.c.).

Chi è affine di uno dei coniugi per effetto di un primo matrimonio non diventa affine del nuovo coniuge di questi in seguito a nuove nozze (*adfinitas adfinitatem non parit*). Il rapporto di affinità non si stabilisce neppure tra i parenti di un coniuge e i parenti dell'altro coniuge (*inter consaguineos viri et uxoris nulla dfinitas*), né tra gli affini di un coniuge e gli affini dell'altro coniuge (*adfines inter se non sunt adfines*).

L'affinità non ha alcuna rilevanza ai fini della successione legittima o necessaria (*adfinitas iure nulla successio promittitur*).

Il rapporto di coniugio non instaura tra marito e moglie né parentela né affinità.

II. IL MATRIMONIO

1. Nozioni introduttive

Il matrimonio è **l'atto con cui l'uomo e la donna costituiscono la famiglia**, assumendo il reciproco obbligo di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di collaborazione e di coabitazione. Dal matrimonio deriva, altresì, l'obbligo dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo (art. 143 c.c.).

Il codice civile non contiene una definizione del matrimonio, ma essa può essere ricavata da una pluralità di dati normativi.

1) In primo luogo, la **diversità di sesso** tra gli sposi non è soltanto il retaggio di una secolare consuetudine, vigente nella pluralità degli ordinamenti giuridici di ogni epoca storica, ma è espressamente postulata dal codice civile, che fa riferimento alle diverse figure del *marito* e della *moglie*. Inoltre, l'art. 3, n. 2, lett. *g*, l. 1° dicembre 1970, n. 898, prevede, come causa di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. 14 aprile 1982, n. 164: segno evidente della impossibilità di configurare giuridicamente un'unione matrimoniale tra persone dello stesso sesso.

2) Gli obblighi reciproci di fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione, coabitazione e contribuzione ai bisogni della famiglia rappresentano il nucleo costitutivo della **comunione spirituale e materiale tra i coniugi**, che la legge considera coessenziale all'unione familiare. Il dato normativo si rinviene nell'art. 1, l. 1° dicembre 1970, n. 898, che subordina la pronuncia giudiziale di scioglimento del matrimonio all'accertamento dell'impossibilità di *mantenere o ricostituire* la comunione spirituale e materiale tra i coniugi per l'esistenza di una delle cause previste dal successivo art. 3 della stessa legge.

Sebbene gli obblighi elencati nell'art. 143 c.c. derivino dalla legge, il matrimonio non è un mero atto, bensì un **negozio giuridico bilaterale di diritto privato**, che presuppone la manifestazione della volontà personale degli sposi nella piena consapevolezza degli effetti giuridici della loro dichiarazione.

1) La **natura *negoziale*** del matrimonio si evince, in primo luogo, dalla norma relativa alla forma del matrimonio. L'art. 107 c.c. impone espressamente all'ufficiale dello stato civile sia di dare lettura agli sposi degli artt. 143 c.c., 144 e 147 c.c., sia di ricevere da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie. Occorre, quindi, la volontà degli sposi di costituire quella comunione spirituale e materiale, nella quale consiste – come si è detto – l'essenza dell'unione coniugale.

Si tratta, ovviamente, di un negozio giuridico ***non patrimoniale***, al quale, di conseguenza, sono inapplicabili estensivamente le norme sul contratto (art. 1324 c.c.).

2) La ***bilateralità*** dell'atto non è inficiata dalla solennità della forma, che prevede la par-

tecipazione necessaria dell'ufficiale dello stato civile, la cui funzione certificativa pare assimilabile a quella del notaio in sede di stipulazione degli atti pubblici. Depone in tal senso anche il disposto dell'art. 113 c.c., che considera valido il matrimonio celebrato davanti a persona la quale, senza avere la qualità di ufficiale dello stato civile, ne esercitava pubblicamente le funzioni (salvo che gli sposi fossero consapevoli, al momento della celebrazione, che la persona non aveva la qualità di ufficiale dello stato civile).

La negozialità dell'atto è confermata, poi, dalle norme che, attribuendo rilevanza all'errore, alla violenza e alla simulazione ai fini dell'invalidità del matrimonio, postulano la genuinità e la serietà della volontà espressa dai coniugi e l'effettivo proposito di questi ultimo di adempiere agli obblighi e di esercitare i diritti derivanti dal matrimonio.

3) La **natura *privatistica*** del matrimonio rappresenta un aspetto ormai unanimemente riconosciuto dalla dottrina. Non ha più seguito, invece, la concezione *pubblicistica* del matrimonio, che riduceva la famiglia a *seminarium rei publicae* (cioè, ad immagine dello Stato etico). Secondo questa concezione, il matrimonio costituiva un atto del potere statuale, che dava vita ad una sorta di *organo* dello Stato, all'interno del quale i principi di autorità e gerarchia trovavano il punto di massima espressione nella figura del marito e del padre come "capo" della famiglia.

2. L'evoluzione storica del matrimonio

L'attuale nozione di matrimonio si distingue nettamente sia da quella romana sia da quella canonistica.

Nel ***diritto romano dell'epoca classica*** il matrimonio era un atto di diritto consuetudinario, privo di formalità solenni tanto in sede di formazione quanto di scioglimento del vincolo. Esso dava origine alla comunione di vita tra i coniugi (*consortium vitae*) e si fondava costantemente sul loro consenso (*nuptias consensus facit*) e sull'effettiva permanenza del sentimento di affetto (*maritalis affectio*). La sopravvenuta mancanza del consenso e del sentimento dei coniugi determinava l'estinzione del vincolo matrimoniale.

Con il **Cristianesimo** si afferma il carattere *sacramentale* del matrimonio, che, da una parte, richiede la *formalizzazione* del momento celebrativo (allo scopo di responsabilizzare i coniugi sulla sacralità dell'impegno assunto) e, dall'altra, implica il requisito dell'*indissolubilità* del vincolo (espressamente sancita nel Vangelo).

Il processo di "secolarizzazione" del matrimonio, sviluppatosi nell'età moderna, culmina nella ***rivoluzione francese***, con la qualificazione del matrimonio – contenute espressamente nella Costituzione del 1791 – in termini di "contratto civile" (*la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*). Il **Codice Napoleonico**, poi, sancisce la prima regolamentazione organica del matrimonio civile e l'assoluta irrilevanza, per l'ordinamento statuale, del matrimonio religioso.

Il **codice civile italiano del 1865** si conforma al modello francese, prevedendo l'assoluta irrilevanza del matrimonio religioso (con la necessità, quindi, per gli sposi che volessero contrarre un matrimonio valido sia nell'ordinamento canonico sia in quello di civile, di procedere a una doppia celebrazione). A differenza del Codice Napoleonico, peraltro – che aveva riconosciuto addirittura il divorzio *per mutuo consenso* (successivamente abolito in seguito alla restaurazione) – quello italiano del 1865 accoglie il principio di indissolubilità del matrimonio, che transiterà nel codice civile vigente, fino all'approvazione della l. 1° dicembre 1970, n. 898.

La rilevanza civile del matrimonio canonico è sancita soltanto con i **Patti Lateranensi del 1929**, con i quali lo Stato italiano riconosce effetti civili al matrimonio canonico (art. 34). L'istituto del matrimonio civile permane, ma diviene facoltativo.

Con la **l. 27 maggio 1929, n. 847** (c.d. *legge matrimoniale*), vengono approvate alcune modifiche del codice civile all'epoca vigente, allo scopo di ravvicinare la disciplina del matrimonio civile e di quello religioso, e si provvede a disciplinare specificamente forme, modalità ed effetti del matrimonio "concordatario". Le disposizioni di questa legge devono considerarsi ancora in vigore nei limiti in cui risultano compatibili con le disposizioni dell'**Accordo di revisione** del Concordato Lateranense, sottoscritto a Villa Madama il 18 febbraio 1984.

A tale ultimo accordo è stata data, a sua volta, ratifica ed esecuzione con **l. 25 marzo 1985, n. 121**, la quale – oltre a ribadire il principio del riconoscimento degli effetti civili del matrimonio contratto secondo le norme del diritto canonico, alla sola condizione della sua trascrizione nei

registri dello stato civile – ha modificato in senso restrittivo la disciplina degli impedimenti alla trascrizione e ha attribuito ai soli coniugi la legittimazione alla richiesta di trascrizione tardiva.

3. Il principio di libertà matrimoniale

La libertà matrimoniale è un **diritto fondamentale della persona** riconosciuto dalla carta costituzionale (artt. 2, 29-31) e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (4 novembre 1950, art. 12, ove si afferma il "diritto" di uomini e donne di sposarsi e formare una famiglia).

Tale diritto è garantito, a livello di legislazione ordinaria, da una serie di previsioni normative, che sanciscono divieti e nullità di qualsivoglia vincolo o atto, che possa limitare o condizionare la libertà di contrarre matrimonio.

a) Significativa si rivela, in primo luogo, la disciplina della **promessa di matrimonio** (artt. 79-81 c.c.). Il codice civile, invero, ammette che l'uomo e la donna possano reciprocamente "promettersi" di unirsi in matrimonio, ma siffatta promessa non è suscettibile né di esecuzione in forma specifica né di produrre quegli effetti pregiudizievoli a carico di uno o di entrambi, che gli stessi promittenti abbiano eventualmente previsto per l'ipotesi di inadempimento della promessa. L'art. 79 c.c. stabilisce, infatti, che "la promessa di matrimonio non obbliga a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento".

Le uniche conseguenze dell'inadempimento della promessa di matrimonio sono quelle della restituzione dei doni (art. 80 c.c.) e del risarcimento dei danni (art. 81 c.c.).

Se il matrimonio non è celebrato, il promittente può domandare, infatti, la **restituzione dei doni** fatti *a causa* della promessa di matrimonio.

I doni consistono nelle liberalità, che i fidanzati si scambiano, in conformità agli usi (art. 770, 2° comma, c.c.), per esprimersi reciprocamente il sentimento di affetto e il proposito di unione coniugale. La qualificazione in termini di liberalità d'uso consente di sottrarre tali donazioni al requisito di forma previsto dall'art. 782 c.c. a pena di nullità.

Il dono fatto a causa della promessa di matrimonio deve essere distinto dalla *donazione obnuziale*, che consiste nel negozio unilaterale, con cui sia gli sposi sia i terzi condizionano sospensivamente l'efficacia dell'attribuzione liberale all'*effettiva celebrazione* del matrimonio.

La domanda di restituzione dei doni deve essere proposta entro un anno dal giorno in cui si è avuto il rifiuto di celebrare il matrimonio o dal giorno della morte di uno dei promittenti.

La restituzione dei doni è dovuta qualunque sia stata la forma della promessa di matrimonio, nonché in ipotesi di difetto dei requisiti di capacità in capo ai promittenti e anche in presenza di una promessa unilaterale.

Si discute se l'obbligo restitutorio debba comprendere anche la **corrispondenza epistolare** e le **immagini fotografiche** (purché queste ultime siano state oggetto di donazione e non siano entrate, invece, nella sfera di disponibilità del nubendo per effetto di un'attività autonoma e direttamente ascrivibile al possessore: nel qual caso, non può essere attribuita rilevanza giuridica al dissenso di uno dei promittenti a che l'altro permanga nel possesso di oggetti in grado di assumere la valenza di meri "ricordi").

Un'eventuale applicazione analogica dell'art. 80 c.c. – che parte della dottrina sostiene per l'esigenza di tutelare il diritto all'immagine e alla riservatezza di ciascuno dei promittenti, in esito alla rottura del vincolo sentimentale prematrimoniale – presupporrebbe, tuttavia, la dimostrazione della concreta potenzialità lesiva della condotta di colui che, per soddisfare la propria individuale esigenza di non dissipare il ricordo delle passate esperienze affettive, mantenga la disponibilità della corrispondenza e delle immagini della persona amata (o precedentemente amata).

Dalla c.d. promessa “semplice” di matrimonio deve essere distinta la promessa “solenne”, il cui mancato adempimento determina, oltre alla restituzione dei doni, l’**obbligo di risarcire il danno** cagionato all’altra parte per le spese fatte e per le obbligazioni contratte a causa di quella promessa (art. 81 c.c.). La promessa c.d. “solenne” può essere *espressa* – quando è compiuta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata da persone maggiori di età (o minori ammessi a contrarre matrimonio) – o *tacita* (perché implicita nella richiesta di pubblicazioni). Essa, pertanto – a differenza di quanto detto riguardo all’art. 80 c.c. – è *necessariamente bilaterale*.

Mentre la restituzione dei doni consegue al mero fatto dalla mancata celebrazione del matrimonio, l’obbligo di risarcimento dei danni sussiste soltanto a carico del promittente che rifiuti di adempiere la promessa *senza giusto motivo* ovvero che, *con la propria colpa*, offra *giusto motivo al rifiuto dell’altro*.

Il danno risarcibile, peraltro, è limitato alle *spese fatte* (ad esempio, l’acquisto dell’abito per la cerimonia) e alle *obbligazioni contratte* (ad esempio, il noleggio dell’autovettura per recarsi alla cerimonia) a causa della promessa di matrimonio. Non sono risarcibili, invece, quelle spese che non esauriscono la loro causa nel solo matrimonio (ad esempio, l’acquisto dell’immobile da adibire a residenza familiare, che si presenta in grado di assolvere comunque all’esigenza abitativa dell’acquirente nonostante il mancato matrimonio).

Il danno è risarcibile, inoltre, *entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizione delle parti*, e ciò al duplice fine di evitare, da una parte, che il promittente inadempiente possa essere costretto a rimborsare spese del tutto imprevedibili rispetto alla condizione propria o dell’altro promittente, e, dall’altra, che il promittente non inadempiente possa speculare sulle spese e sulle obbligazioni da assumere per spirito di mera ritorsione verso l’altro promittente, di cui venga a prefigurarsi il mancato adempimento.

Anche l’azione di risarcimento del danno deve essere proposta entro un anno dal giorno del rifiuto di celebrare il matrimonio.

Si discute se l’obbligazione risarcitoria disciplinata dall’art. 81 c.c. configuri un’ipotesi di *responsabilità contrattuale o extracontrattuale*. Pare condivisibile, invero, l’opinione secondo cui la norma – lungi dal contenere un’ipotesi di responsabilità in senso tecnico – è una “particolare espressione del principio, valevole in tema di contratti, secondo il quale chi ha dato causa alla inoperatività del negozio deve rimborsare all’altra le spese inutilmente erogate”. L’oggetto dell’obbligazione, pertanto, è costituito non tanto da un effettivo risarcimento del danno concretamente patito per il mancato matrimonio, quanto da un indennizzo commisurato *ex lege* a parametri predeterminati.

La limitazione legale degli effetti dell’inadempimento consente di inquadrare l’istituto della promessa di matrimonio in linea col principio di libertà matrimoniale. La legge preclude ai promittenti di prevedere penali o altre conseguenze sfavorevoli del mancato matrimonio proprio per prevenire ogni condizionamento, anche volontariamente assunto, della libertà degli sposi all’atto della celebrazione del matrimonio. Per questa ragione, la promessa di matrimonio è qualificata come ***mero atto giuridico***, dal quale – a differenza del negozio giuridico – derivano unicamente, anche se non voluti dai promittenti, gli effetti stabiliti *ex lege* e non si producono, invece, altri eventuali effetti voluti dai promittenti stessi.

b) Il principio di libertà matrimoniale trova espressione nella *personalità* dell’atto e nel divieto di partecipare alla celebrazione del matrimonio attraverso un rappresentante.

Costituisce, pertanto, una previsione del tutto *eccezionale* quella dell’art. 111 c.c., che ammette la celebrazione del **matrimonio per procura** in presenza di particolari circostanze.

1) La celebrazione per procura è consentita, in tempo di guerra, a **militari e persone che per ragioni di servizio si trovano al seguito delle forze armate**. Oltre che nella forma dell'atto pubblico, la procura può essere rilasciata nelle forme speciali previste per i militari e le altre persone al seguito.

2) Il matrimonio per procura è consentito, in secondo luogo, se **uno degli sposi risiede all'estero e concorrono gravi motivi**. La valutazione della *gravità* dei motivi è affidata al tribunale nella cui circoscrizione risiede l'altro sposo. In tal caso, la procura deve essere rilasciata esclusivamente nella forma dell'atto pubblico.

La procura deve contenere l'indicazione della persona con la quale il matrimonio si deve contrarre ed è valida soltanto per centottanta giorni dalla data del suo rilascio.

La carenza di ogni discrezionalità in capo al soggetto tenuto ad esprimere il consenso matrimoniale induce la dottrina ad escludere che, nel caso di specie, ricorra la figura della rappresentanza in senso tecnico. Il c.d. rappresentante dello sposo è un mero ***nuncius***, che si limita ad esternare una volontà interamente riconducibile allo sposo impossibilitato a presenziare personalmente alla celebrazione.

Nel caso in cui il matrimonio venga celebrato nonostante la **revoca della procura**, il matrimonio deve considerarsi – a seconda delle varie tesi, che sono state proposte sul punto – inesistente, nullo o annullabile. In ogni caso, la coabitazione tra gli sposi, anche temporanea, sana il vizio del difetto di rappresentanza – e consolida, dunque, gli effetti di un matrimonio valido – purché l'altro coniuge ignorasse, al momento della celebrazione, la revoca della procura.

c) Attiene alla problematica della libertà di matrimonio la figura della c.d. mediazione matrimoniale (**prossenetico**), che consiste nel contratto con cui il mediatore (o prosseneta) si obbliga, verso un corrispettivo, a prestare la propria opera al fine di realizzare la celebrazione di un matrimonio. L'incarico può essere affidato al mediatore dallo stesso soggetto interessato alle nozze oppure da un terzo (ad esempio, il genitore del celibe).

L'illiceità dell'accordo è stata ritenuta in giurisprudenza alla luce della pressione diretta o indiretta, che l'opera del mediatore esercita sul consenso al matrimonio. Conseguentemente, la prestazione elargita al mediatore è stata ritenuta irripetibile ai sensi dell'art. 2035 c.c.

Al contrario, l'attività di ricerca di persona potenzialmente interessata al matrimonio con colui che conferisce l'incarico non dovrebbe ricadere nella sanzione di nullità, laddove si preveda che il compenso sia versato a prescindere dall'effettiva stipulazione del matrimonio (*obbligazione di mezzi*). In tal senso, deve considerarsi lecita l'attività delle numerose agenzie matrimoniali, recentemente diffusesi anche nel nostro paese, che facilitano il contatto tra persone anche appartenenti a nazionalità diverse, finalizzato alla conclusione di possibili unioni coniugali.

d) L'art. 636 c.c. stabilisce l'illiceità della condizione, apposta ad un'istituzione testamentaria di erede o di legato, che impedisce le prime nozze o le ulteriori. Tale condizione, ai sensi dell'art. 634 c.c., si considera non apposta.

Anche in tal caso, si vuole impedire che la libertà matrimoniale possa subire l'influenza derivante dalla possibilità di beneficiare di un'attribuzione patrimoniale soltanto a condizione di rinunciare alla celebrazione del matrimonio. La *ratio* dell'istituto, peraltro, dovrebbe indurre a privilegiarne un'applicazione estensiva e anche analogica (nel senso, ad esempio, di ritenere l'illiceità della condizione del divieto di nozze anche se apposta in un contratto). Al contrario, la giurisprudenza ne ha discutibilmente ridotto l'ambito di applicazione, affermando la validità

1) della clausola con cui il testatore impedisca le nozze non in assoluto, ma soltanto nei confronti di una persona determinata (Cass., Sez. II, 19 gennaio 1985, n. 150);

2) della clausola con cui si condizioni risolutivamente la devoluzione testamentaria alla circostanza che l'erede contragga matrimonio con persona non appartenente alla sua stessa classe sociale (Cass., Sez. II, 11 gennaio 1986, n. 102);

3) e, infine, della clausola con cui si preveda per l'istituito un trattamento più favorevole in caso di mancato matrimonio, posto che, con tale disposizione, il testatore, lungi dal voler influire sulla libertà matrimoniale, perseguirebbe l'intento di provvedere, nel modo più adeguato, alle esigenze dell'istituito, connesse ad una scelta di vita che lo privi degli aiuti materiali e morali di cui avrebbe potuto godere con il matrimonio (Cass., Sez. II, 21 febbraio 1992, n. 2122).

Più recentemente, tuttavia, l'ambito applicativo dell'art. 634 c.c. è stato esteso all'ipotesi della disposizione testamentaria, che subordini l'efficacia dell'attribuzione alla condizione che l'istituito contragga matrimonio: la condizione è illecita, in quanto contraria al principio della libertà matrimoniale e, pertanto, da considerarsi non apposta, salvo che abbia costituito l'unico motivo determinante della volontà del testatore, nel qual caso è nulla la stessa disposizione testamentaria (Cass., 15 aprile 2009, n. 8941).

4. Le forme del matrimonio-*atto*

Si deve distinguere il matrimonio inteso come ***atto*** con cui i coniugi costituiscono tra loro la comunione materiale e spirituale in cui consiste l'unione coniugale, dal matrimonio inteso come *rapporto giuridico* che si instaura per effetto della stipulazione dell'atto e che ha ad oggetto reciproci obblighi di carattere personale e patrimoniale.

Il nostro ordinamento conosce tre forme per la celebrazione del matrimonio-atto:

1) il **matrimonio civile**;
2) il **matrimonio canonico**;
3) il **matrimonio di culto acattolico**.

Mentre queste tre forme di celebrazione si differenziano tra loro per caratteristiche e modalità, nessuna differenza sussiste sul piano del matrimonio come rapporto giuridico, dato che, una volta attribuita rilevanza ai matrimoni di tipo religioso (cattolico o acattolico) all'interno dell'ordinamento giuridico (con le modalità all'uopo previste), gli effetti civili dell'atto sono i medesimi per tutte e tre le forme di matrimonio-atto.

4.1. Il matrimonio civile

Il matrimonio civile è quello celebrato davanti all'ufficiale dello stato civile e disciplinato dal codice civile, che ne stabilisce le **condizioni**, le **formalità preliminari** e le **modalità di celebrazione**.

A) ***Impedimenti***

Gli artt. 84-90 c.c. stabiliscono le condizioni che devono sussistere affinché si possa procedere validamente alla stipulazione del matrimonio. Tali condizioni – comunemente definite, conformemente alla tradizione canonistica, "impedimenti" – si ricollegano a principi di ordine pubblico e possono essere classificati a seconda che concernano:

— l'idoneità psico-fisica degli sposi (artt. 84-85 c.c.);
— il divieto di bigamia (art. 86 c.c.);
— talune esigenze eugenetiche e di etica civile (artt. 87-88 c.c.);
— l'esigenza di certezza in ordine all'attribuzione della paternità (art. 89 c.c.).

1) Dal primo punto di vista, il codice prevede un **requisito minimo di età**, che coincide, di regola, con la maggiore età (art. 84 c.c.).

La responsabilità della scelta matrimoniale presuppone, infatti, un'adeguata maturità psichica e intellettuale, che consenta di ponderare una scelta notevolmente impegnativa sotto il profilo degli obblighi e della complessiva condotta di vita. Il requisito di età minima, inoltre, intende garantire la piena libertà del consenso espresso dagli sposi, che, in età inferiore, potrebbe essere facilmente influenzato da terzi o da processi motivazionali, pur autonomi, ma connotati da ingenuità e irresponsabilità.

Il requisito legale può essere derogato soltanto in virtù di un provvedimento del tribunale, che, su **istanza dell'interessato**, dopo aver accertato la sua **maturità psico-**

fisica e la **fondatezza delle ragioni addotte**, **sentito il pubblico ministero e i genitori (o il tutore)** e valutata la sussistenza di **gravi motivi**, può ammettere al matrimonio il **minore che abbia compiuto gli anni sedici**.

L'**istanza dell'interessato** conferma la natura personalissima e incoercibile del matrimonio. Gli stessi genitori (o il tutore) devono essere soltanto *sentiti*, ma non è più previsto – in seguito alla riforma del diritto di famiglia – alcun *assenso* da parte dei medesimi.

La **maturità psico-fisica** non concerne esclusivamente l'idoneità sessuale e procreativa, ma consiste nella capacità di rappresentarsi la natura e gli effetti dell'impegno matrimoniale.

Le **ragioni addotte a fondamento della richiesta** devono riguardare esigenze affettive proprie del minore: (conseguentemente, la giurisprudenza nega l'autorizzazione al matrimonio nel caso in cui la celebrazione stia a cuore – spesso per mere ragioni di convenienza sociale, come, ad esempio, la volontà di far cessare una convivenza *more uxorio* o "riparare" a una gravidanza inattesa – ai soli genitori del minore.

I "**gravi motivi**" devono essere oggettivamente apprezzabili. Tali sono certamente, ad esempio – come ritenuto anche dalla giurisprudenza – la sussistenza di una gravidanza, la già avvenuta celebrazione del matrimonio religioso, la convivenza *more uxorio* in atto, le concrete condotte di ostacolo alla frequentazione del *partner* da parte dei genitori della minore: la gravità dei motivi, in ogni caso, non costituisce un requisito *di per sé* sufficiente, qualora non si congiunga alla maturità psico-fisica dell'interessato.

2) Non può contrarre matrimonio l'**interdetto per infermità di mente** (art. 85 c.c.), stante la presunzione assoluta di incapacità di intendere e di volere, che la legge pone a suo carico.

Se il procedimento di interdizione è stato soltanto promosso, l'impedimento legale ancora non sussiste; tuttavia, il pubblico ministero può richiedere la sospensione della celebrazione e, in caso di accoglimento dell'istanza da parte del tribunale, le nozze non possono avere luogo fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento di interdizione.

La **semplice infermità mentale** non dichiarata dagli sposi non è un impedimento testuale alla stipulazione del matrimonio, sebbene il matrimonio contratto in stato di incapacità di intendere o di volere sia invalido (art. 120 c.c.). L'incapacità naturale di uno degli sposi può rilevare alla stregua di un impedimento al matrimonio soltanto nell'ipotesi in cui si tratti di un infermo di mente nei confronti del quale, a causa dell'età, non possa essere promossa l'interdizione (art. 416 c.c.); il pubblico ministero, che abbia avuto notizia dell'incapacità naturale, è tenuto, in tal caso, a fare opposizione al matrimonio (art. 102, 5° comma, c.c.).

3) La **libertà di stato** è condizione indispensabile per stipulare validamente il matrimonio. Non si considera libero di stato chi sia vincolato ad un precedente matrimonio efficace nell'ordinamento giuridico italiano.

L'impedimento è **assoluto** e risponde al principio di ordine pubblico del matrimonio monogamico. Chi, nonostante l'impedimento, riesca ugualmente a contrarre un secondo matrimonio avente effetti civili commette il reato di bigamia (art. 556 c.p.).

4) L'art. 87 c.c. disciplina gli impedimenti derivanti da vincoli di **parentela, affinità, adozione e affiliazione**.

Un primo gruppo di ipotesi comprende gli **impedimenti di carattere assoluto**, per i quali l'autorità giudiziaria non può concedere alcuna dispensa. Rientrano in questa categoria:

a) la parentela in linea retta, legittima o naturale;

b) la parentela in linea collaterale di secondo grado, tra fratelli e sorelle germani, consanguinei o uterini;

c) l'affinità in linea retta, anche quando derivi da matrimonio sciolto o di cui sia stata dichiarata la cessazione degli effetti civili;

d) i vincoli derivanti da adozione (legittimante e non legittimante) e, in particolare, quelli esistenti tra:

— l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti;
— i figli adottivi della stessa persona;
— l'adottato e i figli dell'adottante;
— l'adottato e il coniuge dell'adottante;
— l'adottante e il coniuge dell'adottato.

L'adozione, peraltro, non fa cessare i divieti matrimoniali tra l'adottato e la famiglia d'origine.

I divieti previsti per l'adozione sono applicabili anche all'istituto dell'affiliazione, abrogato dalla l. 4 maggio 1983, n. 184.

Gli **impedimenti dispensabili** sono quelli, invece, derivanti da:

a) parentela in linea collaterale di terzo grado (zio o zia e nipote);
b) affinità in linea collaterale di secondo grado (cognati);
c) affinità in linea retta, derivante da matrimonio dichiarato nullo.

Come nel caso dell'impedimento derivante da ragioni di età, il **procedimento per l'ottenimento della dispensa** dall'impedimento è promosso dagli interessati avanti al tribunale, che, sentito il pubblico ministero, decide in camera di consiglio con decreto, avverso il quale è proponibile reclamo alla corte di appello nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione (decorso il quale, il decreto acquista efficacia). La corte di appello decide, in camera di consiglio, con ordinanza non impugnabile.

A differenza, invece, di quanto previsto per i minori di età, la legge non contiene alcuna indicazione dei presupposti, in presenza dei quali può essere autorizzato il matrimonio nei casi previsti dai nn. 3, 4 e 5 dell'art. 87 c.c.

5) L'impedimento da **delitto** preclude il matrimonio tra persone delle quali l'una sia stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra (art. 88 c.c.).

In conformità alla presunzione costituzionale di non colpevolezza (art. 27), l'impedimento sussiste soltanto in presenza di una sentenza di condanna passata in giudicato. L'art. 88, 2° comma, c.c., tuttavia, dispone che, se sia stato richiesto il rinvio a giudizio ovvero sia stata ordinata la cattura (*rectius*, emanata ordinanza di custodia cautelare in carcere o di arresti domiciliari), la celebrazione del matrimonio è sospesa fino all'eventuale sentenza di proscioglimento.

Affinché l'impedimento sussista, occorre che l'omicidio sia doloso e non semplicemente colposo o preterintenzionale.

6) L'art. 89 c.c. prevede il **divieto temporaneo di nuove nozze**, della durata di trecento giorni, per la donna il cui precedente matrimonio sia stato sciolto o annullato.

La *ratio* del divieto consiste nell'opportunità di evitare il possibile **conflitto tra due criteri legali di attribuzione della paternità legittima**:

a) quello secondo cui si presume concepito durante il matrimonio il figlio nato quando non sono trascorsi trecento giorni dalla data dell'annullamento, dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 232 c.c.);

b) quello secondo cui il figlio nato prima che siano trascorsi centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio è reputato legittimo se uno dei coniugi o il figlio stesso non ne disconoscono la paternità (art. 233 c.c.).

I due criteri verrebbero, infatti, in conflitto qualora il giorno di nascita del figlio cada nei trecento giorni dallo scioglimento (o dalla cessazione degli effetti civili o dall'annullamento) del

precedente matrimonio e, nello stesso tempo, nei primi centottanta dalla celebrazione del successivo matrimonio.

Proprio alla luce di tale *ratio*, **l'impedimento non sussiste in quei casi in cui si possa escludere o presumere che il concepimento possa essere stato compiuto durante il primo matrimonio**, e cioè:

a) quando lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio siano stati pronunciati per *pregressa separazione personale tra i coniugi* [art. 3, n. 2, lett. *b*), l. 1° dicembre 1970, n. 898];

b) se *il matrimonio non è stato consumato*;

c) quando *il matrimonio sia stato dichiarato nullo per impotenza, anche soltanto a generare, di uno dei coniugi*.

Parrebbe assimilabile a queste ipotesi anche quella dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio, pronunciati in seguito al passaggio in giudicato della sentenza di *rettificazione di sesso del primo marito* [art. 3, n. 2 lett. *g*), l. 1° dicembre 1970, n. 898], posto che tale situazione induce a escludere con certezza ogni possibilità di concepimento ad opera del primo marito.

In ogni caso, sebbene non ricorrano le ipotesi tipiche previste dalla legge, il tribunale, con decreto emesso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, può autorizzare il matrimonio:

a) quando risulti *inequivocabilmente escluso lo stato di gravidanza*;

b) se *risulta da sentenza passata in giudicato che il marito non ha convissuto con la moglie nei trecento giorni precedenti lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.*

B) ***Formalità preliminari***

Allo scopo di verificare l'assenza di impedimenti alla celebrazione del matrimonio, il codice prevede talune formalità preliminari, che consistono nelle cc.dd. ***pubblicazioni***.

Il matrimonio è una vicenda che, quindi, per quanto privata, assume rilevanza pubblica, anche nei riguardi dei terzi, i quali hanno interesse a conoscere lo *status* coniugale dei soggetti con i quali intrattengano rapporti personali o patrimoniali.

L'omissione delle pubblicazioni, peraltro, non comporta l'invalidità del matrimonio, ma soltanto l'irrogazione delle sanzioni amministrative previste dagli artt. 134-135 c.c.

Le modalità di compimento delle pubblicazioni sono state riformate dal nuovo ordinamento dello stato civile (d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396), che ha complessivamente snellito il procedimento, adeguandolo al nuovo principio di "autocertificazione" nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione.

Chi richiede la pubblicazione, pertanto, deve semplicemente dichiarare il nome, il cognome, la data e il luogo di nascita, la cittadinanza degli sposi e se tra gli sposi sussiste qualche impedimento previsto dagli artt. 85-88 c.c. Spetta, poi, all'ufficiale di stato civile verificare l'esattezza della dichiarazione e l'eventuale acquisizione di documenti, che ritenga necessari per provare l'inesistenza di impedimenti alla celebrazione del matrimonio (art. 51, ord. st. civ.). Anche l'accertamento dell'impedimento di cui all'art. 89 c.c. è compiuto d'ufficio, mentre l'onere di produzione in capo al richiedente sussiste soltanto con riferimento all'autorizzazione giudiziaria, che dispensa gli sposi da un impedimento (art. 52, ord. st. civ.).

La pubblicazione deve essere richiesta all'ufficiale dello stato civile del comune dove uno degli sposi ha la residenza ed è fatta nei comuni di residenza degli sposi (art. 94 c.c.). La richiesta può essere presentata anche da persona incaricata dagli sposi, purché munita di procura speciale contenuta anche in una scrittura privata, salvo che l'incarico sia conferito a chi esercita la potestà o la tutela, nel qual caso basta la semplice dichiarazione orale del richiedente di aver ricevuto l'incarico (art. 50 ord. st. civ.).

Le pubblicazioni sono affisse negli appositi spazi esistenti presso la porta della casa comunale e restano affisse almeno per otto giorni (è stata abrogata, invece, la precedente previsione normativa, che imponeva di comprendere negli otto giorni almeno due domeniche successive).

Il matrimonio può essere celebrato dopo tre giorni dalla compiuta pubblicazione, quando non sia stata fatta alcuna opposizione (art. 57 ord. st. civ.).

La pubblicazione, invece, si considera come non avvenuta, se il matrimonio non è celebrato nei centottanta giorni successivi al compimento della pubblicazione stessa (art. 99, 2° comma, c.c.).

In presenza di *gravi motivi*, il tribunale può autorizzare la riduzione del termine della pubblicazione e, *per cause gravissime*, può autorizzare l'omissione della pubblicazione, quando gli sposi davanti al cancelliere – esponendosi alla responsabilità penale per dichiarazioni mendaci rese a pubblico ufficiale – dichiarano che non sussiste alcuno degli impedimenti previsti dagli artt. 85-89 c.c. (art. 100 c.c.). Le pubblicazioni sono omesse, altresì, quando l'ufficiale dello stato civile proceda alla celebrazione nel caso di imminente pericolo di vita di uno degli sposi (art. 101 c.c.).

L'ufficiale dello stato civile, il quale, ravvisando un impedimento, non ritenga di poter procedere alla celebrazione, rilascia un certificato coi motivi del rifiuto. Contro il rifiuto è dato ricorso al tribunale, che provvede in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero (art. 98 c.c.).

In seguito alle pubblicazioni – che contengono la pubblica attestazione della volontà dei richiedenti di contrarre matrimonio – e, comunque, prima che il matrimonio venga celebrato, si può fare **opposizione al matrimonio** nei casi espressamente previsti dall'art. 102 c.c., che elenca i soggetti legittimati a seconda della ragione di opposizione, che venga fatta valere. L'opposizione può essere, quindi, proposta:

a) dai genitori e, in loro mancanza, dagli altri ascendenti o dai collaterali entro il terzo grado – nonché dal tutore o dal curatore, se uno degli sposi è soggetto a tutela o curatela – per far valere qualunque impedimento ostativo alla celebrazione;

b) dal coniuge della persona che vuole contrarre matrimonio (ed è implicito che l'impedimento da far valere consiste nella mancanza dello stato libero del richiedente le pubblicazioni);

c) dall'*ex* coniuge – ovvero, in caso di sua morte, dai suoi parenti – per far valere il divieto temporaneo di nuove nozze di cui all'art. 89 c.c.;

d) dal pubblico ministero, per far valere qualunque impedimento o l'infermità di mente di uno degli sposi, nei confronti del quale, a causa dell'età, non possa essere promossa l'interdizione.

Coloro che vogliano opporsi al matrimonio, senza esserne legittimati, possono rappresentare la causa di impedimento al pubblico ministero e sollecitare, così, l'opposizione di quest'ultimo. Anche l'ufficiale dello stato civile, che venga a conoscenza di una causa di impedimento non dichiarata, deve immediatamente informare il pubblico ministero, affinché sia proposta opposizione alla celebrazione del matrimonio (art. 59, 1° comma, ord. st. civ.).

Nel processo verbale di richiesta della pubblicazione devono essere annotati sia l'atto di opposizione sia il successivo decreto che decide sull'opposizione (o il provvedimento di estinzione del giudizio) (art. 62 ord. st. civ.).

Il procedimento per la decisione sull'opposizione prevede la comparizione delle parti avanti al collegio del tribunale in una data compresa tra i tre e i dieci giorni da quella di presentazione del ricorso. Il pubblico ministero è parte necessaria del procedimento.

Se l'opposizione è proposta da un soggetto legittimato e per una causa ammessa dalla legge, il presidente del tribunale, ove ne sussista l'opportunità – dopo la presentazione del ricorso e nelle more della decisione – può sospendere la celebrazione del matrimonio.

Il tribunale, sentite le parti e acquisiti senza particolari formalità gli elementi del caso, decide con decreto avente efficacia immediata, indipendentemente dall'eventuale reclamo proponibile avanti alla corte di appello (art. 59 ord. st. civ.).

Nel caso di matrimonio da celebrare davanti a ministro di culto diverso da quello cattolico, l'ufficiale dello stato civile che riceve la notizia di un'opposizione, dopo aver rilasciato l'autorizzazione o il nulla osta previsti dalla legge, ne dà immediatamente notizia al ministro medesimo. Se il matrimonio è celebrato nonostante l'opposizione, l'ufficiale dello stato civile sospende la trascrizione del relativo atto fino a che non sia definito il procedimento di opposizione (art. 61 ord. st. civ.).

Se l'opposizione è respinta, l'opponente – che non sia un ascendente o il pubblico ministero (fatta salva l'eventuale responsabilità civile del magistrato) – può essere condannato al risarcimento dei danni (art. 104, 2° comma, c.c.).

C) ***La celebrazione***

Il matrimonio è celebrato pubblicamente nella casa comunale davanti all'ufficiale dello stato civile al quale fu fatta la richiesta di pubblicazioni. Nel giorno indicato dalle parti, l'ufficiale dello stato civile – il quale deve indossare la fascia tricolore a tracolla (art. 70 ord. st. civ.) – alla presenza di due testimoni, anche se parenti, procede alla celebrazione, che si compone di tre momenti:

a) la **lettura agli sposi degli artt. 143, 144 e 147 c.c.**, allo scopo di rammentare loro i diritti e i doveri reciproci, che derivano dal matrimonio;

b) la **dichiarazione personale degli sposi, l'uno dopo l'altro, di volersi prendere rispettivamente in marito e in moglie**;

c) la **dichiarazione, resa dall'ufficiale dello stato civile, che gli sposi sono uniti in matrimonio**.

La dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e in moglie non può essere sottoposta a condizione o termine. Se le parti aggiungono un termine o una condizione, l'ufficiale dello stato non può dichiarare l'unione matrimoniale, ma se, nonostante ciò, il matrimonio è ugualmente celebrato, il termine o la condizione si hanno per non apposti (art. 108 c.c.).

Può accadere che, per necessità o convenienza, il matrimonio sia celebrato in un comune diverso da quello sede dell'ufficiale dello stato civile, che sia stato richiesto delle pubblicazioni: quest'ultimo, allora, inoltra richiesta per iscritto all'ufficiale del luogo ove il matrimonio si deve celebrare (art. 109 c.c.).

Il matrimonio può essere celebrato fuori della casa comunale, per infermità o altro impedimento di uno degli sposi, tale da non consentirgli di recarsi nella casa comunale: in tal caso, l'ufficiale dello stato civile si trasferisce, col segretario, nel luogo in cui si trova lo sposo impedito e, ivi, alla presenza di quattro testimoni, procede alla celebrazione del matrimonio (art. 110 c.c.).

L'incompetenza territoriale dell'ufficiale di stato civile, la mancanza di testimoni all'atto della celebrazione, l'omessa lettura degli articoli del codice civile e le violazioni riguardanti il luogo della celebrazione configurano dei meri illeciti amministrativi (artt. 137-138 c.c.).

Immediatamente dopo la celebrazione del matrimonio, l'ufficiale di stato civile procede alla compilazione dell'**atto di matrimonio**, nel quale gli sposi possono eventualmente optare per il regime patrimoniale della separazione dei beni (art. 162, 2° comma, c.c.) o compiere il riconoscimento di figli naturali (art. 283 c.c.).

L'atto di matrimonio costituisce la **prova dello stato coniugale**.

Il **possesso di stato** – cioè, l'esercizio di fatto dei diritti e degli obblighi coniugali – sebbene allegato da entrambi i coniugi, non dispensa i medesimi dalla presentazione dell'atto di celebrazione in tutti i casi in cui essi abbiano l'onere di provare l'unione coniugale (art. 130 c.c.).

Tre sono gli elementi costitutivi del c.d. **possesso di stato**: il nome, il trattamento e la fama:

1) il ***nome*** consiste nell'identificazione degli sposi attraverso il cognome del marito, secondo il disposto dell'art. 143 *bis* c.c., che prevede che la moglie aggiunga al proprio cognome quello del marito;

2) il ***trattamento*** consiste, invece, nella convivenza fondata sull'attuazione dei doveri matrimoniali;

3) la ***fama*** concerne, a sua volta, la notorietà dell'unione coniugale nel contesto sociale cui appartengono gli sposi.

Il possesso di stato conforme all'atto di celebrazione assume una duplice rilevanza giuridica: da un lato, sana eventuali difetti di forma del matrimonio (art. 131 c.c.), dall'altro, consente la prova (con ogni mezzo) dell'esistenza del matrimonio, quando vi siano indizi che per dolo o per colpa del pubblico ufficiale o per un caso di forza maggiore o per un caso fortuito, l'atto di matrimonio non sia stato inserito nei registri dello stato civile (art. 132, 2° comma, c.c.).

La prova della celebrazione del matrimonio può essere data con ogni mezzo nel caso di distruzione o smarrimento dei registri dello stato civile. Se, poi, la prova della celebrazione del matrimonio risulta da sentenza penale, l'iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile assicura al matrimonio, dal giorno della sua celebrazione, tutti gli effetti riguardo tanto ai coniugi quanto ai figli (art. 133 c.c.).

L'atto di matrimonio – il cui contenuto è, oggi, analiticamente descritto nell'art. 64 ord. st. civ. – deve essere, a cura dell'ufficiale dello stato civile, registrato nell'archivio informatico dello stato civile (art. 63 ord. st. civ.).

4.2. Il matrimonio canonico con effetti civili

Sin dall'approvazione dei **Patti Lateranensi del 1929**, l'ordinamento giuridico italiano riconobbe gli effetti civili del matrimonio celebrato e disciplinato secondo il diritto canonico. La materia ricevette analitica regolamentazione nella **l. 27 maggio 1929, n. 847** (c.d. *legge matrimoniale*). Il **codice civile del 1942** stabilì, a sua volta, all'art. 82, che "il matrimonio celebrato davanti a un ministro del culto cattolico è regolato in conformità del Concordato con la Santa Sede e delle leggi speciali in materia. La **carta costituzionale** consacrò, infine, tale innovazione con l'approvazione dell'art. 7, che costituzionalizzò il regime concordatario come modalità di regolamentazione dei rapporti tra Stato e Chiesa.

Come si è in precedenza accennato, la disciplina del matrimonio canonico con effetti civili (c.d. matrimonio "concordatario") è stata riformata dall'art. 8 dell'**Accordo di revisione** del Concordato Lateranense, sottoscritto a Villa Madama il 18 febbraio 1984, cui è stata data ratifica ed esecuzione con **l. 25 marzo 1985, n. 121**.

Il matrimonio canonico costituisce, quindi, la seconda forma di matrimonio-atto, prevista dal nostro ordinamento giuridico. Qualora, infatti, gli sposi decidano di attribuire efficacia civile, attraverso la trascrizione nell'archivio dello stato civile, al matrimonio celebrato davanti al ministro del culto cattolico, i loro rapporti coniugali, personali e patrimoniali, vengono sottoposti *in toto* alle norme del codice civile, nonché a quelle relative alla separazione personale e al divorzio. Appartiene, invece, alla Chiesa la giurisdizione sulla validità del vincolo matrimoniale, ma si discute se tale giurisdizione sia *esclusiva* (così come previsto nell'art. 34 dei Patti Lateranensi del 1934), ovvero *concorrente* con quella dello Stato italiano (come sembrerebbe evincersi dal mancato richiamo alla *riserva ecclesiastica* in sede di Accordo di revisione del 1984).

La celebrazione del matrimonio concordatario è preceduta dalla **richiesta di pubblicazioni**, la quale deve provenire, oltre che dagli sposi (secondo la previsione dell'art. 96 c.c.), anche dal parroco davanti al quale il matrimonio dovrà essere celebrato (art. 6 l.m.). Anche in tal caso, l'ufficiale dello stato civile, che non creda di poter procedere alle pubblicazioni, rilascia un certificato coi motivi del rifiuto, avverso il quale può esse-

re proposto ricorso al tribunale, che decide in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero (art. 98 c.c.).

Effettuate le pubblicazioni (secondo le modalità che si sono esaminate con riguardo al matrimonio civile), ove non gli sia stata notificata alcuna opposizione e non gli constino impedimenti civili ostativi alla successiva trascrizione, l'ufficiale dello stato civile dichiara il sua ***nulla-osta***, rilasciando un certificato in cui attesta che non risulta l'esistenza di cause che si oppongano alla celebrazione di un matrimonio valido agli effetti civili.

Qualora, invece, gli sia stata notificata l'opposizione al matrimonio (ora disciplinata – come si è detto – dall'art. 59, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, contenente il nuovo ordinamento dello stato civile), l'ufficiale dello stato civile non può rilasciare il certificato di nulla-osta e deve comunicare al parroco l'opposizione.

A) Se l'opposizione si fonda su un impedimento che la legge civile considera inderogabile (come si desume dall'art. 8 dell'Accordo di revisione), il tribunale decide nel merito.

B) In ogni altro caso (impedimento civile dispensabile o mero impedimento canonico), il tribunale pronuncia sentenza di non luogo a deliberare (art. 7, ult. comma, l.m.).

La **celebrazione del matrimonio** avviene secondo il rito cattolico, ma l'art. 8 dell'Accordo di revisione prevede espressamente che, subito dopo la celebrazione, il parroco (o il suo delegato) spieghi ai contraenti gli effetti civili del matrimonio, dando lettura degli articoli del codice civile riguardanti i diritti e i doveri dei coniugi (artt. 143, 144, 147 c.c.).

Compiuta la celebrazione, il parroco (o il suo delegato) redige in doppio originale l'**atto di matrimonio**, nel quale possono essere inserite le dichiarazioni degli sposi di scelta del regime di separazione dei beni o di riconoscimento di figli naturali. Uno di questi originali viene subito trasmesso – e, in ogni caso, non oltre cinque giorni dalla celebrazione – all'ufficiale dello stato civile del comune in cui il matrimonio è stato celebrato, il quale ne cura la trascrizione nell'archivio dello stato civile [art. 63, 2° comma, lett. *a*), ord. st. civ.].

Quando l'atto sia regolare, la **trascrizione** deve essere eseguita entro ventiquattro ore dal ricevimento dell'originale e, nelle successive ventiquattro ore, deve essere trasmessa notizia al parroco, con l'indicazione della data in cui la trascrizione è stata effettuata. In caso, invece, di irregolarità dell'atto di matrimonio, l'ufficiale dello stato civile sospende la trascrizione e rinvia l'atto al parroco per la sua regolarizzazione.

La trascrizione è l'atto che attribuisce effetti civili al matrimonio canonico. Essa può essere di tre tipi:

a) ordinaria;
b) ritardata;
c) tardiva.

a) La **trascrizione ordinaria** è quella eseguita tempestivamente dall'ufficiale dello stato civile entro ventiquattro ore dal ricevimento dell'atto di matrimonio da parte del ministro del culto cattolico. Essa attribuisce al matrimonio canonico effetti civili dalla data della celebrazione secondo il rito cattolico.

b) Se la celebrazione del matrimonio non sia stata preceduta dalle pubblicazioni o dalla dispensa, l'ufficiale dello stato civile affigge alla porta della casa comunale l'avviso del matrimonio da trascrivere. L'avviso resta affisso per dieci giorni, durante i quali è possibile che siano proposte opposizioni alla trascrizione (negli stessi casi in cui si sarebbe potuta proporre opposizione al matrimonio). Se è proposta opposizione, quest'ultima viene decisa dal tribunale nelle forme stabilite per la decisione nei riguardi dell'opposizione al matrimonio. In mancanza di opposizioni, l'ufficiale dello stato civile provvede alla

trascrizione ritardata (perché non compiuta entro le ventiquattro ore), che attribuisce comunque effetti civili al matrimonio a far tempo dalla data di celebrazione.

c) Se l'atto di matrimonio non è trasmesso tempestivamente all'ufficiale dello stato civile (entro cinque giorni dalla celebrazione), su istanza dei due contraenti, o anche di uno solo di essi, con la conoscenza e senza l'opposizione dell'altro, può essere effettuata la **trascrizione tardiva**, purché entrambi i coniugi abbiano conservato lo stato libero dal momento della celebrazione a quello della richiesta di trascrizione. In tal caso, l'efficacia retroattiva della trascrizione è limitata ai rapporti interni ai coniugi, mentre si stabilisce che la trascrizione non pregiudica i diritti legittimamente acquistati dai terzi (ivi compresi – secondo la giurisprudenza di legittimità gli eredi, legittimi o testamentari, di uno degli sposi).

La trascrizione (tempestiva, ritardata o tardiva) del matrimonio canonico non può essere effettuata in presenza delle seguenti **cause ostative**:

1) quando gli sposi non rispondano ai requisiti della legge civile circa l'età richiesta per la celebrazione (art. 8 Acc. rev.);

2) quando uno dei contraenti sia interdetto per infermità di mente (punto 4, n. 1, del protocollo addizionale all'Acc. rev.);

3) quando sussista tra gli sposi un altro matrimonio valido agli effetti civili (punto 4, n. 2);

4) quando vi siano impedimenti derivanti da delitto o da affinità in linea retta (punto 4, n. 3).

La trascrizione è, tuttavia, ammessa quando, secondo la legge civile, l'azione di nullità o di annullamento non potrebbe essere più proposta. Preclusa, quindi, l'azione civile di nullità o di annullamento, è possibile procedere alla trascrizione *tardiva*, che si rivela, quindi, ammissibile anche nell'ipotesi di mancanza sopravvenuta di una causa di intrascrivibilità.

Dopo il 1984, non è consentita la c.d. **trascrizione *post mortem***, ossia la trascrizione tardiva, che uno dei coniugi richieda dopo la morte dell'altro: l'art. 8 Acc. rev. prevede, infatti, che la trascrizione tardiva possa essere richiesta da uno solo dei coniugi *con la conoscenza e senza l'opposizione* dell'altro, requisito evidentemente incompatibile con l'avvenuto decesso di colui che dovrebbe manifestare la conoscenza e l'eventuale opposizione. Parte della dottrina, peraltro, ammette che la trascrizione *post mortem*, qualora il coniuge defunto abbia chiaramente manifestato la volontà della trascrizione nel testamento, in altro atto non sospetto o direttamente all'ufficiale dello stato civile.

La trascrizione del matrimonio può essere impugnata, su istanza dei coniugi, degli ascendenti prossimi, del pubblico ministero e di coloro che abbiano un interesse legittimo e attuale, qualora sussista una causa di intrascrivibilità non rilevata dall'ufficiale dello stato civile.

4.3. Il matrimonio dei culti acattolici

Dal matrimonio concordatario, il codice civile distingue il matrimonio celebrato davanti a ministri di culti diversi da quello cattolico, stabilendo che esso sia regolato, salvo disposizioni speciali, dalle norme sul matrimonio civile.

La disciplina generale di tale figura di matrimonio è contenuta nella l. 24 giugno 1929, n. 1159, che prevede che il matrimonio possa essere celebrato davanti a ministro di culto acattolico soltanto se quest'ultimo sia cittadino italiano e dopo specifica approvazione del ministro dell'interno. La celebrazione, anche in tale ipotesi, è preceduta dalle

pubblicazioni, prevede la lettura degli articoli del codice civile relativi ai diritti e ai doveri dei coniugi, ed è seguita dalla compilazione dell'atto di matrimonio e dalla trasmissione di quest'ultimo all'ufficiale dello stato civile ai fini della trascrizione.

Si tratta, pertanto, di un vero e proprio matrimonio civile, la cui unica particolarità consiste nella sua celebrazione avanti a un ministro di culto non cattolico: per tutto ciò che attiene, invece, alle formalità preliminari, alle modalità della celebrazione e agli impedimenti, si applica integralmente la stessa disciplina prevista per il matrimonio civile. Si ritiene che gli sposi possano rendere al ministro di culto anche le dichiarazioni concernenti la scelta del regime di separazione personale dei beni o di riconoscimento di figli naturali.

Ma anche su tale forma di matrimonio ha inciso la Costituzione, il cui art. 8 stabilisce che "tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge" e "i loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze". A partire dagli anni '80, lo Stato italiano ha stipulato numerose **intese** con altrettante confessioni religiose (Tavola Valdese, Assemblee di Dio in Italia, Unione italiana delle Chiese Avventiste del 7° giorno, Unione delle Comunità israelitiche italiane, Unione cristiana evangelica battista d'Italia, Chiesa evangelica luterana), il cui contenuto, ratificato con legge ordinaria, ha disciplinato, tra l'altro, le modalità di celebrazione del matrimonio.

Risulta, così, soppressa l'approvazione del ministro di culto da parte del Ministro dell'interno ed è previsto soltanto il rilascio di nulla-osta, in duplice originale, da parte dell'ufficiale dello stato civile (che si limita, quindi, a verificare soltanto la mancanza di impedimenti matrimoniali). Alla luce delle intese, il matrimonio acattolico assume le caratteristiche di un matrimonio religioso, al quale – al pari di quanto previsto per il matrimonio canonico – è attribuita efficacia civile mediante la trascrizione nell'archivio dello stato civile.

A differenza, però, del matrimonio canonico, il matrimonio acattolico è soggetto alla **giurisdizione esclusiva dei tribunali civili**.

5. Il matrimonio del cittadino all'estero

Il cittadino italiano può contrarre matrimonio (con altro cittadino italiano o con un cittadino straniero) in uno stato estero **innanzi all'autorità diplomatica o consolare competente**, oppure **innanzi alle autorità locali secondo le leggi dello stato estero** (art. 16 or. st. civ.).

In quest'ultimo caso, una copia dell'atto è rimessa, a cura degli interessati, all'autorità diplomatica o consolare, che la trasmette, ai fini della trascrizione, all'ufficiale dello stato civile del comune in cui l'interessato ha o dichiara che intende stabilire la propria residenza, o a quello del comune di iscrizione all'Anagrafe degli italiani residenti all'estero o, in mancanza, a quello del comune di iscrizione o trascrizione dell'atto di nascita, ovvero, se egli è nato e residente all'estero, a quello del comune di nascita o di residenza della madre o del padre di lui, ovvero dell'avo materno o paterno (art. 17 ord. st. civ.).

Anche nel caso in cui il cittadino contragga matrimonio secondo le forme dello stato estero, egli, per la legge italiana, deve trovarsi nelle condizioni necessarie previste dagli artt. 84-89 c.c.

Può accadere che il cittadino italiano contragga **matrimonio canonico in uno stato estero**, che riconosca effetti civili a tale forma matrimoniale: in virtù del rinvio, che l'art. 115 c.c. compie alle *forme stabilite nel paese straniero*, si ritiene che tale matrimonio abbia effetti

nell'ordinamento giuridico italiano alla stregua, tuttavia, di un matrimonio civile (e non di un matrimonio concordatario).

Se, invece, l'ordinamento straniero non attribuisce effetti civili al matrimonio canonico, l'opinione prevalente esclude che – non potendo operare il rinvio dell'art. 115 c.c. all'ordinamento straniero – siffatto matrimonio possa acquistare efficacia civile in seguito alla trascrizione nell'archivio dello stato civile: si ritiene, infatti, che gli accordi tra Stato italiano e Chiesa Cattolica trovino applicazione soltanto nel caso di matrimonio canonico celebrato in Italia (e non anche laddove celebrato in uno stato estero).

6. Il matrimonio dello straniero in Italia

Lo straniero può contrarre matrimonio in Italia, ma ha l'onere di presentare all'ufficiale dello stato civile una **dichiarazione dell'autorità competente del proprio paese**, dalla quale risulti che non sussistono condizioni ostative al matrimonio (art. 116 c.c.).

Qualora, tuttavia, lo Stato di appartenenza dello straniero *ometta* o *rifiuti* il nulla-osta per motivi contrari all'ordine pubblico italiano (subordinando, ad esempio, l'autorizzazione alla conversione del nubendo-cittadino italiano alla conversione alla religione dello straniero), il tribunale può autorizzare la celebrazione.

La l. 15 luglio 2009, n. 94, ha aggiunto ai requisiti necessari affinché lo straniero possa contrarre matrimonio in Italia il possesso di un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano. Oltre alla legittimità costituzionale della norma – sotto il profilo della limitazione del diritto al matrimonio (art. 29 Cost.) – sono controverse le conseguenze dell'eventuale matrimonio contratto in difetto del predetto documento: in mancanza di un'espressa previsione di legge deve escludersi la configurazione di un'ulteriore ipotesi di impedimento matrimoniale, sicché sembra doversi concludere per la mera irregolarità del matrimonio.

La legge italiana pretende, in ogni caso, che non sussistano, in capo allo straniero, gli **impedimenti di cui agli artt. 85, 86, 87, nn. 1, 2 e 4, 88 e 89 c.c.**

Gli impedimenti matrimoniali, che non si applicano allo straniero, sono quelli dell'*età*, della *parentela in linea collaterale di terzo grado*, dell'*affinità in linea collaterale*, dell'*adozione* e *affiliazione*.

Anche a tale proposito, peraltro, la giurisprudenza applica il limite dell'ordine pubblico, escludendo, ad esempio che possa essere ammesso al matrimonio il minore che non possa ritenersi ancora in grado di intendere e di volere.

Lo straniero che ha il domicilio o la residenza in Italia è tenuto all'onere delle **pubblicazioni**, in conformità alla legge italiana (art. 116, 3° comma, c.c.).

Sezione Seconda
L'INVALIDITÀ DEL MATRIMONIO

1. Nullità, annullabilità, inesistenza e irregolarità

Nella materia dell'invalidità del matrimonio, il codice civile non distingue – a differenza di quanto avviene a proposito del contratto – tra *nullità* e *annullabilità*, limitandosi a fare riferimento alla prima di dette categorie per disciplinare una serie di ipotesi, nelle quali il matrimonio può essere impugnato dai coniugi e, a seconda dei casi, dal pubblico ministero e da altri soggetti legati ai coniugi da vincolo di parentela o aventi soltanto un "interesse legittimo e attuale" all'azione.

La dottrina ha posto in evidenza come la mancata distinzione tra nullità e annullabilità non derivi da una scelta consapevole del legislatore, bensì da **ragioni storiche**, dovute alla redazione del libro primo del codice civile in epoca precedente a quella del libro quarto, nel quale, invece – innovando rispetto al codice del 1865 – il legislatore ripartì tra nullità e annullabilità la disciplina dell'invalidità del contratto.

Pertanto, la nozione di *nullità*, riferita al matrimonio, non può indurre l'interprete ad alcuna similitudine con la nullità contrattuale: essa indica qualsiasi ipotesi di invalidità, ivi comprese quelle che, per la natura del vizio invalidante e per la disciplina dell'azione, appaiono maggiormente assimilabili, sul piano sistematico, tenuto conto di quanto previsto nella materia contrattuale, alla figura dell'annullabilità.

La ripartizione dogmatica delle ipotesi di invalidità del matrimonio tra nullità e annullabilità è, peraltro, oggetto di molti dubbi e non sembra trovare un preciso riscontro nella disciplina normativa. In linea assolutamente generale, può affermarsi che, mentre la nullità in senso stretto può riscontrarsi nelle ipotesi di mancanza delle condizioni essenziali per il riconoscimento giuridico dell'atto (come, ad esempio, nel caso di mancanza dello stato libero), la nozione di annullabilità si adatta maggiormente a descrivere le fattispecie di violazione delle norme poste a tutela della libertà e della responsabilità dei nubendi (come, ad esempio, nel caso di matrimonio contratto per errore o violenza).

La dottrina e, talvolta, anche la giurisprudenza distinguono l'invalidità del matrimonio dalle figure dell'irregolarità e dell'inesistenza.

Si ha **irregolarità** del matrimonio nell'ipotesi di violazione delle norme che disciplinano il procedimento di formazione dell'atto. L'irregolarità non inficia la validità ed efficacia del matrimonio, ma comporta una sanzione a carico del celebrante o degli sposi, come, ad esempio, nel caso in cui siano state omesse le pubblicazioni (art. 134 c.c.) o la celebrazione sia avvenuta in violazione del divieto temporaneo di nuove nozze (art. 140

c.c., che prevede una mera sanzione pecuniaria a carico dei coniugi e dell'ufficiale di stato civile). Alla categoria dell'irregolarità è riconducibile – secondo l'opinione che sembra affermarsi in dottrina – l'ipotesi del matrimonio celebrato dallo straniero in Italia in difetto di un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano (art. 116, 1° comma, c.c.).

Non vi è perfetta corrispondenza tra *impedimenti matrimoniali* e *cause di invalidità del matrimonio*.

Da una parte, vi sono impedimenti che comportano una semplice "irregolarità" del matrimonio (violazione del divieto temporaneo di nuove nozze).

Dall'altra, vi sono cause di invalidità che non costituiscono impedimenti, poiché, per condurre alla pronuncia di invalidità del matrimonio, presuppongono un accertamento giudiziale da compiersi in concreto (incapacità di intendere e di volere, violenza, errore e simulazione).

Figura controversa è quella dell'**inesistenza** del matrimonio, che – secondo quanto affermato, talvolta, anche in giurisprudenza – ricorre in mancanza dei requisiti minimi necessari per la giuridica configurabilità del matrimonio stesso. A tale figura è ricondotto, ad esempio, il matrimonio stipulato tra due persone dello stesso sesso o davanti a un celebrante (ufficiale o ministro di culto) privo di qualsivoglia abilitazione anche solo apparente.

Nel caso, invece, di celebrazione **del matrimonio per procura dopo il termine legalmente previsto (centottanta giorni dal rilascio) o in seguito alla revoca della procura stessa**, prevale la tesi della qualificazione in termini di mera annullabilità, che trova riscontro nella disciplina normativa, secondo la quale la coabitazione, anche temporanea, successiva alla celebrazione del matrimonio, elimina gli effetti della revoca della procura ignorata dall'altro coniuge al momento della celebrazione (art. 111, 6° comma, c.c.).

Le figure di invalidità si possono classificare in relazione alla tipologia dell'impedimento o del vizio che inficia il matrimonio. Si distinguono, così, le invalidità derivanti da:

a) impedimenti *diversi* dalla minore età e dall'interdizione giudiziale (mancanza di stato libero; parentela e affinità; delitto);

b) impedimenti relativi alla minore età e all'incapacità (legale o naturale);

c) difetto del consenso o vizio della volontà legalmente determinato.

Una figura a se stante deve essere considerata quella della simulazione.

2. Le cause di invalidità: *a*) mancanza di stato libero; *b*) vincoli di parentela, affinità, adozione e affiliazione; *c*) delitto

a) La **mancanza di stato libero** rende nullo il matrimonio.

L'impedimento sussiste soltanto se il precedente matrimonio è valido; sicché, nel caso in cui, nel giudizio di nullità del secondo matrimonio, venga opposta la nullità del primo matrimonio, occorre decidere preventivamente la questione della validità del primo matrimonio, che è pregiudiziale (art. 34 c.p.c.) rispetto a quella della validità del successivo matrimonio (art. 124 c.c.).

Se un secondo matrimonio è stipulato dal coniuge dell'assente, l'impugnazione non è consentita finché dura l'assenza.

Il coniuge di colui che è stato dichiarato morto presunto può contrarre matrimonio (art. 65 c.c.); tuttavia, tale matrimonio è nullo, qualora la persona della quale è stata dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia accertata l'esistenza. Se si accerta che la

data effettiva di morte di chi è stato dichiarato morto presunto è successiva al secondo matrimonio del coniuge, la nullità non può essere pronunciata (art. 68 c.c.).

b) I **vincoli di parentela, affinità, adozione e affiliazione**, previsti dall'art. 87 c.c., sono causa di nullità del matrimonio.

Se l'impedimento consiste in un vincolo di parentela naturale, occorre che quest'ultimo risulti giudizialmente accertato, almeno in via incidentale (qualora la filiazione naturale non risulti da riconoscimento o dichiarazione giudiziale), nell'ambito del giudizio di nullità del matrimonio.

Se l'impedimento poteva essere derogato mediante autorizzazione giudiziale (art. 87, 4° comma, c.c.), il matrimonio non può essere impugnato dopo un anno dalla celebrazione.

c) L'impedimento da **delitto** rende nullo il matrimonio tra le persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra.

Le tre ipotesi sopra elencate devono essere accomunate per l'identità delle caratteristiche dell'azione di invalidità. Infatti:

1) la legittimazione a impugnare il matrimonio è **assoluta**, poiché spetta ai *coniugi*, agli *ascendenti prossimi*, al *pubblico ministero* e a *tutti coloro che abbiano un interesse legittimo e attuale*;

2) l'azione è **imprescrittibile** (come si desume dall'art. 124 c.c. e, *a contrario*, dall'art. 117, 4° comma, c.c.);

3) la coabitazione tra i coniugi, successiva al matrimonio, non preclude la proponibilità dell'impugnazione, sicché la nullità deve ritenersi **insanabile**.

3. La minore età e l'incapacità di agire

Diversa si presenta la disciplina dell'invalidità derivante da difetto di età o di capacità degli sposi.

a) L'ipotesi del **difetto di età** – che può verificarsi sia nel caso di minore degli anni sedici, sia nel caso di sedicenne che non sia stato autorizzato giudizialmente – presenta le seguenti caratteristiche:

1) la legittimazione è **relativa**, poiché spetta soltanto ai *coniugi*, a *ciascuno dei genitori* e al *pubblico ministero* (non anche a chiunque abbia un interesse legittimo e attuale). Inoltre, la domanda dei genitori o del pubblico ministero deve essere respinta qualora:

— il minore raggiunga la maggiore età (anche nel corso del giudizio, ed egli non decida di proseguire l'azione);

— vi sia concepimento o procreazione;

— sia accertata la volontà del minore di mantenere in vita il vincolo matrimoniale;

2) l'azione è soggetta al **termine di decadenza** di un anno successivo al raggiungimento della maggiore età da parte del minore: il coniuge minore, dunque, è legittimato a proporre personalmente l'azione una volta divenuto maggiorenne, ma deve agire entro un anno;

3) la volontà del minore di mantenere in vita il vincolo matrimoniale rende – come si è detto – in ogni caso **sanabile** la nullità.

b) Una disciplina peculiare è prevista per l'**interdizione giudiziale per infermità di mente**. L'impedimento sussiste se, al tempo del matrimonio, vi era già sentenza di interdizione passata in giudicato, ovvero se l'interdizione è stata pronunciata posteriormente, ma l'infermità esisteva al tempo del matrimonio. In tal caso:

1) la legittimazione è **assoluta**, perché spetta al *tutore*, al *pubblico ministero* e a *tutti coloro che abbiano un interesse legittimo e attuale*;

2) la coabitazione dei coniugi per un anno dopo la revoca dell'interdizione **sana** la nullità e preclude la proponibilità dell'azione;

3) in mancanza di coabitazione per un anno, dalla data della revoca dell'interdizione decorre il **termine decennale di prescrizione**;

c) L'**incapacità di intendere e di volere** non costituisce un impedimento matrimoniale, ma inficia ugualmente la validità del matrimonio, perché non offre alcuna garanzia in ordine alla piena comprensione della responsabilità assunta con la stipulazione del vincolo matrimoniale. L'incapacità naturale può derivare da qualsiasi causa e può essere anche transitoria, purché sussista al momento della celebrazione del matrimonio. Sul piano della disciplina:

1) la legittimazione è **relativa**, perché spetta esclusivamente al coniuge che si sia trovato in condizione di incapacità naturale;

2) la coabitazione dei coniugi per un anno, successiva al momento in cui il coniuge incapace abbia recuperato la pienezza delle facoltà mentali, **sana** la nullità e preclude la proponibilità dell'azione;

3) in mancanza di coabitazione per un anno, dal recupero della pienezza delle facoltà mentali decorre il **termine decennale di prescrizione**.

4. I vizi del volere

Il principio di libertà del consenso matrimoniale ha indotto il legislatore ad attribuire efficacia invalidante a quattro fattispecie (disciplinate nell'art. 122 c.c.), nelle quali il consenso risulta essersi formato in maniera viziata: la violenza; il timore di eccezionalità gravità derivante da cause esterne allo sposo; l'errore sull'identità del coniuge; l'errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge.

a) Violenza

Il codice non definisce le caratteristiche che la violenza deve assumere. Si deve fare riferimento, pertanto, alla nozione di violenza accolta dalla legge in materia di annullamento del contratto (art. 1434-1435 c.c.) e ritenere, anche a proposito del matrimonio, che la violenza deve essere *di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole*, avendo riguardo *all'età, al sesso e alla condizione delle persone*. Il male minacciato:

a) può riguardare la persona o i beni di prossimi congiunti o di persone legate allo sposo da particolari vincoli affettivi;

b) può provenire dall'altro sposo o da terzi;

c) può consistere nella minaccia di far valere un diritto (e, in tal caso, non occorre accertare, come previsto dall'art. 1438 c.c., che la minaccia sia diretta a conseguire vantaggi ingiusti, giacché la coartazione della libertà matrimoniale rappresenta una conseguenza comunque ingiusta).

A differenza di quanto previsto per l'annullamento del contratto, la disciplina della violenza come causa di annullamento del matrimonio non tutela la buona fede o l'incolpevole affidamento dell'altro sposo circa la validità del matrimonio. In questo ambito, il principio fondamentale è costituito dalla libertà matrimoniale. Di conseguenza, per valutare l'idoneità della minaccia, in luogo del riferimento a parametri oggettivi di valutazione, deve aversi riguardo alle specifiche condizioni personali della vittima (età, livello culturale e sociale, caratteristiche psicologiche), che consentano all'autore della minaccia di coartare in concreto il suo consenso al matrimonio.

Nella non ampia casistica, si può ricordare il caso della donna indotta al matrimonio dalla minaccia di suicidio della madre o dell'uomo minacciato di denuncia per violenza carnale.

b) **Timore di eccezionalità gravità derivante da cause esterne allo sposo**
La coartazione al matrimonio può derivare da fatti oggettivi, che ingenerino nel soggetto il convincimento di poter sottrarre sé (o altre persone legate da vincoli familiari o affettivi) da una danno di eccezionale gravità attraverso la stipulazione del matrimonio.

A differenza della violenza, quindi, il male futuro non è l'oggetto dell'altrui minaccia, ma della rappresentazione soggettiva di un grave pregiudizio da cui il soggetto ritiene ragionevolmente di potersi sottrarre con il matrimonio.
Tale vizio del consenso è stato introdotto dalla riforma del 1975, per disciplinare situazioni analoghe a quelle, verificatesi durante il secondo conflitto mondiale, nelle quali taluni avevano contratto matrimonio soltanto per sottrarsi a persecuzioni di tipo razziale o religioso.
Il timore può essere putativo, purché non sia dovuto a mera suggestione non derivante da fatti oggettivi esterni allo sposo.
Non rileva il **timore riverenziale**, che una persona sia in grado di esercitare sullo sposo per indurre questi al matrimonio. L'ingerenza psicologica altrui può rilevare soltanto quando si traduca in una minaccia o quando induca nella vittima una condizione di incapacità di intendere e di volere.
Come esempio di timore di eccezionalità gravità derivante da cause esterne allo sposo, si può ipotizzare il caso di colui che si risolva al matrimonio per evitare il suicidio della compagna già autrice di tentativi di togliersi la vita a seguito di precedenti abbandoni.

c) **Errore sull'identità del coniuge**
Si ha errore sull'identità del coniuge nel caso – invero, di scuola – del matrimonio concluso con persona diversa da quella che si intendeva sposare, come, ad esempio, col fratello gemello (o con la sorella gemella) della persona con cui si voleva realmente instaurare il vincolo.

Le difficoltà di concreta applicazione della previsione normativa – che costituiva, prima della riforma del 1975, l'unica ipotesi di rilevanza dell'errore come vizio del consenso – indusse parte della giurisprudenza ad accogliere una concezione estensiva dell'errore sull'identità del coniuge, tale da includere, altresì, l'errore su qualità particolarmente caratterizzanti l'identità sociale e morale della persona (una corte di merito accolse, quindi, la domanda di annullamento del matrimonio contratto con donna, che aveva nascosto al coniuge la sua attività di meretricio).
Fu così che, in sede di riforma, il legislatore introdusse la diversa – e ben più significativa – figura dell'errore essenziale sulle qualità personali dell'altro coniuge.
Nonostante le sollecitazioni di autorevole dottrina, invece, la riforma non ha accolto la figura del **dolo matrimoniale**, vale a dire del raggiro o dell'inganno perpetrato da un coniuge al fine di indurre l'altro a contrarre matrimonio; sicché, deve ritenersi che raggiri e inganni rilevino, quali vizi del consenso matrimoniale, soltanto laddove provochino un errore sull'identità o sulle qualità personali dell'altro coniuge, ai sensi dell'art. 122 c.c.

d) **Errore essenziale su qualità personali dell'altro coniuge**
Il matrimonio può essere impugnato per errore sulle qualità personali dell'altro coniuge, soltanto qualora tale errore si riveli *essenziale*, tale cioè da incidere su qualità che, se conosciute esattamente, non avrebbero indotto a prestare il consenso al matrimonio.
Il legislatore ha ritenuto di tipizzare le qualità essenziali, sulle quali deve cadere l'errore, attraverso un'elencazione da ritenersi tassativa.
Pertanto, l'errore essenziale deve necessariamente riguardare:
1) l'esistenza di una malattia fisica o psichica o di una anomalia o deviazione sessuale, tali da impedire lo svolgimento della vita coniugale;

Nella nozione di "**malattia fisica**" rientrano l'*impotentia coeundi* o *generandi*, le malattie sessualmente contagiose (*aids*, sifilide, ecc.) o quelle che, per quanto non attinenti direttamen-

te alla sfera sessuale, si presentino come particolarmente ripugnanti e tali da non consentire il normale svolgimento della vita coniugale (ad esempio, la lebbra).

In seguito alla riforma del diritto di famiglia, quindi, l'inettitudine al rapporto sessuale non costituisce più una causa obiettiva autonoma di invalidità del matrimonio, ma assume rilievo soltanto come oggetto di errore da parte dell'altro coniuge. Pertanto, la consapevole decisione di concludere il matrimonio con persona incapace di normali relazioni sessuali impedisce di considerare invalido l'atto, salva la possibilità di domandare lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio ai sensi dell'art. 3, n. 2, lett. *f*, l. 1° dicembre 1970, n. 898 (*infra*, Sez. V, II, § 2).

Per **malattia psichica**, invece, deve intendersi ogni forma di psicosi o nevrosi, purché si tratti di patologia tendenzialmente duratura o imprevedibile nella sua evoluzione (ad esempio, psicosi dissociativa, psicosi maniaco-depressiva, ecc.)

L'**anomalia sessuale** si riferisce all'impossibilità di intrattenere rapporti sessuali, dovuta a ragioni organiche o funzionali (si pensi, ad esempio, agli esiti di un intervento chirurgico o di un danno alla persona).

La **deviazione** concerne, invece, l'inclinazione sessuale del coniuge (ad esempio, l'omosessualità) e comprende tutte quelle forme di perversione (sadomasochismo, feticismo, ecc.), che si rivelino, in concreto, in grado di alterare, in considerazione delle caratteristiche psicologiche dell'altro coniuge, la svolgimento delle relazioni sessuali.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha precisato che, per ottenere nelle descritte ipotesi l'annullamento del matrimonio, occorre:

— che la malattia, anomalia o deviazione, pur non previamente accertata sul piano clinico, sia esistente al momento del matrimonio, perché desumibile da sintomi o da episodi prodromici;

— che l'attore provi tale esistenza della malattia, anomalia o deviazione al momento del matrimonio, la mancata conoscenza di essa e l'influenza determinante sul consenso matrimoniale, spettando invece al giudice la valutazione della gravità della malattia, anomalia o deviazione e della sua effettiva incidenza sul normale svolgimento della vita coniugale; grava, invece, sull'altro coniuge fornire la prova della preventiva conoscenza della malattia, anomalia o deviazione.

2) l'esistenza di una sentenza di condanna per delitto non colposo alla reclusione non inferiore a cinque anni, salvo il caso di intervenuta riabilitazione prima della celebrazione del matrimonio;

3) la dichiarazione di delinquenza abituale o professionale;

4) la circostanza che l'altro coniuge sia stato condannato per delitti concernenti la prostituzione a pena non inferiore a due anni;

Si tratta di situazioni in cui il legislatore ha ritenuto di attribuire rilevanza alla mancanza nel coniuge di determinate qualità morali, incompatibili con la commissione dei fatti a fondamento della condanna o della dichiarazione di delinquenza abituale o professionale.

Laddove la sentenza di condanna (nei casi di cui ai nn. 2 e 4) non sia ancora divenuta irrevocabile, non essendovi certezza in ordine alla commissione del fatto, l'azione di annullamento non può essere proposta, ma la legittimazione all'azione sorge allorché la sentenza, benché emessa prima del matrimonio, divenga irrevocabile durante il rapporto coniugale.

5) lo stato di gravidanza causato da persona diversa dal soggetto caduto in errore, purché vi sia stato disconoscimento ai sensi dell'art. 233 c.c., se la gravidanza è stata portata a termine.

La legge consente di reagire alla slealtà della donna che, prima delle nozze, intrattenga rapporti sessuali con uomo diverso dal coniuge, della cui avvenuta consumazione lo stato di gravidanza costituisce prova oggettiva e inconfutabile.

La norma pone alcuni problemi di carattere interpretativo.

In primo luogo, occorre chiedersi se l'annullamento del matrimonio possa essere domandato soltanto nell'ipotesi in cui la gravidanza sia portata a termine. Tanto la lettera quanto la *ratio* della norma consentono di propendere per l'interpretazione estensiva e di ritenere ammissibile, dunque, l'azione di annullamento anche quando la gravidanza si sia conclusa con l'aborto.

Se, invece, alla gravidanza segue la nascita, l'annullamento del matrimonio è subordinato al presupposto del disconoscimento della paternità ai sensi dell'art. 233 c.c. Sennonché, posto che la menzionata norma si riferisce alla sola ipotesi della nascita avvenuta prima dei centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, non si comprende per quale motivo debba escludersi la rilevanza di una gravidanza provocata prima del matrimonio da un soggetto diverso dal coniuge caduto in errore, sol perché la nascita sia avvenuta dopo i centottanta giorni e il disconoscimento di paternità avvenga, quindi, ai sensi dell'art. 235 c.c. L'irragionevolezza di tale disparità di trattamento ha indotto la dottrina ad esprimersi per la parziale incostituzionalità della norma.

Altro plausibile profilo di incostituzionalità è costituito dalla limitazione della previsione normativa all'ipotesi dell'errore dello sposo riguardo allo stato di gravidanza della sposa: nessuna rilevanza è attribuita, invece, allo stato di gravidanza, provocato dallo sposo, in donna diversa dalla sposa, posto che, in entrambe le situazioni, è analoga la slealtà prematrimoniale e il reciproco affidamento sull'inesistenza di vincoli di filiazione *in itinere*.

Per la proponibilità dell'azione, è irrilevante:

— che lo stato di gravidanza sia stato occultato;

— che la sposa abbia attribuito in buona fede l'avvenuto concepimento al coniuge e non al terzo;

— che la sposa abbia usato raggiri per ingenerare nel coniuge l'errore sullo stato di gravidanza o sulla paternità.

La tassatività dei casi di errore esclude la rilevanza dell'errore sull'esistenza di figli generati dal coniuge prima del matrimonio, benché la giurisprudenza abbia, in un caso, arditamente esteso l'applicazione della norma al caso del riconoscimento come proprio del figlio generato dalla moglie prima del matrimonio, in seguito all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità *ex* art. 263 c.c.

Nelle quattro descritte ipotesi di vizi della volontà:

1) la legittimazione ad agire è **relativa**, perché spetta esclusivamente al coniuge il cui consenso sia stato estorto con violenza, determinato da timore di eccezionale gravità o da errore;

2) la coabitazione dei coniugi per un anno, dopo che siano cessate la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore, **sana** la nullità e preclude la proponibilità dell'azione;

3) in caso di mancata convivenza, il **termine di prescrizione** è decennale e decorre dal momento della cessazione della violenza o delle cause del timore, ovvero dalla scoperta dell'errore (secondo la giurisprudenza, infatti, non può trovare applicazione l'imprescrittibilità delle azioni di mero accertamento poiché l'impugnazione del matrimonio per vizio del consenso non è un'azione dichiarativa della nullità, bensì un'azione di natura costitutiva).

Nei casi di cui ai nn. 2 e 4, per domandare l'annullamento del matrimonio occorre attendere che la sentenza di condanna sia divenuta irrevocabile.

Nel caso di cui al n. 5, quando la gravidanza sia stata seguita dalla nascita, la domanda di annullamento è proponibile soltanto in seguito al passaggio in giudicato della pronuncia giudiziale di disconoscimento di paternità.

5. La simulazione

Il matrimonio è simulato quando i coniugi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e non esercitare i diritti da esso discendenti (art. 123 c.c.).

Si tratta di una previsione normativa, introdotta dalla riforma del 1975, che intende disciplinare i casi in cui gli sposi si accordino nel senso di realizzare una mera apparenza di matrimonio, senza alcuna contestuale intenzione, però, di dar vita ad un'effettiva comunione materiale e spirituale.

Si tratta dei casi in cui la condizione coniugale può rappresentare lo strumento per il conseguimento di finalità o vantaggi ulteriori (si pensi all'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero, al proposito di ottenere un incremento di punteggio all'interno di una graduatoria concorsuale o, ancora, allo scopo umanitario di soddisfare il desiderio di un genitore in fin di vita).

In dottrina si è dubitato fortemente della correttezza giuridica formale della qualificazione in termini di simulazione, adottata dal legislatore della riforma nella rubrica dell'art. 123 c.c.

Notevoli sono, invero, le **differenze tra la disciplina della simulazione matrimoniale e quella della simulazione contrattuale**, con riferimento:

— alla *legittimazione*: concessa anche ai terzi che ne abbiano interesse nella simulazione del contratto (e ristretta, invece, ai soli coniugi nell'art. 123 c.c.);

— alla *sanabilità* del vizio: ammessa nella simulazione matrimoniale, ma non in quella contrattuale;

— alla *proponibilità dell'azione*: imprescrittibile nella simulazione del contratto e soggetta, invece, dall'art. 123 c.c., al termine di un anno dalla celebrazione del matrimonio;

— alla *prova* dell'accordo simulatorio, che, in materia matrimoniale, non appare sottoposta alle limitazioni previste nell'art. 1417 c.c.

Sono state prospettate, perciò – da parte di alcuni autori – le diverse qualificazioni del negozio indiretto, del negozio fiduciario o dell'abuso del diritto.

Invero, la qualificazione utilizzata dal legislatore merita di essere sostanzialmente condivisa, tenuto conto che il fenomeno simulatorio ricorre, in generale – come è stato autorevolmente detto (Betti) – ogni volta che le parti dettano un regolamento di interessi diverso da quello che intendono osservare nei loro rapporti, perseguendo attraverso il negozio uno scopo divergente dalla sua causa tipica.

La simulazione, per costituire causa di invalidità del matrimonio, deve essere **assoluta**, deve riguardare, cioè, tutti i doveri tipici derivanti dal matrimonio. Laddove, invece, i coniugi abbiano inteso escludere soltanto uno o alcuni dei doveri matrimoniali (c.d. **simulazione relativa**), trova applicazione l'art. 160 c.c. che sancisce la nullità di un simile accordo, con la conseguenza che il matrimonio è valido e gli sposi possono esercitare i diritti e sono tenuti ad adempiere tutti i relativi obblighi coniugali.

Affinché si abbia simulazione del matrimonio è sufficiente, ma necessario, che la volontà di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti sia manifestata reciprocamente dai coniugi: non occorre, invece, che l'accordo sia manifestato al celebrante. Nello stesso tempo, però, non sarebbe sufficiente una volontà unilaterale o una volontà bilaterale non tradottasi in un accordo: in entrambi i casi ricorrerebbe la diversa figura della **riserva mentale**, che il nostro codice non prevede come causa di invalidità del matrimonio.

L'accordo simulatorio deve essere precedente (o contestuale) alla celebrazione del matrimonio. Un eventuale accordo successivo deve ritenersi del tutto inefficace e può assumere indiretta rilevanza soltanto nell'ambito di eventuali giudizi di separazione o divorzio.

Sul piano della disciplina, come si è accennato:

1) la legittimazione è **relativa**, perché spetta esclusivamente a ciascuno dei coniugi;

2) l'azione è soggetta al **termine di decadenza di un anno** dalla data della celebrazione del matrimonio;

3) la coabitazione dei coniugi, successiva alla celebrazione del matrimonio, **sana** il vizio e preclude la proponibilità dell'azione.

6. Giudizio di impugnazione ed effetti della sentenza

L’azione di annullamento del matrimonio si propone davanti al tribunale civile del luogo in cui il coniuge convenuto ha la residenza, il domicilio o la dimora (art. 18 c.p.c.).

La **legittimazione attiva** cambia, come si è visto, a seconda della causa di nullità, che si intenda far valere. Il codice fissa, peraltro, in ossequio al principio del carattere eminentemente personale dell’azione di annullamento del matrimonio, due regole generali, secondo cui:

1) l’azione di nullità non può essere promossa dal pubblico ministero (nelle ipotesi in cui la legge gli riconosce la legittimazione ad agire: artt. 117 e 120 c.c.) dopo la morte di uno dei coniugi (art. 125 c.c.);

2) l’azione non si trasmette agli eredi, se non quando il giudizio è già pendente alla morte dell’attore (art. 127 c.c.).

Nel giudizio di annullamento, il pubblico ministero deve sempre intervenire, a pena di nullità rilevabile d’ufficio (art. 70, n. 2, c.p.c.).

Il processo si svolge secondo le forme del **giudizio ordinario di cognizione**, non avendo ancora trovato attuazione i numerosi progetti di legge finalizzati all’adozione di un unico rito speciale per i giudizi di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio. Pertanto,

— il giudizio è instaurato con atto di citazione (e non ricorso, come previsto, invece, nei giudizi di separazione e divorzio);

— non è prevista alcuna fase avanti al Presidente del Tribunale, nella quale si svolga il tentativo di conciliazione;

— il procedimento si conclude con sentenza, anche nell’ipotesi in cui il convenuto aderisca alla domanda proposta dall’attore.

Benché la proposizione della domanda di annullamento costituisca di per sé giusta causa di allontanamento dalla residenza familiare (art. 146, 2° comma, c.c.), durante la pendenza del giudizio, il tribunale può, su istanza di uno dei coniugi, ordinare la loro **separazione temporanea**; l’ordine giudiziale può essere emanato d’ufficio, se ambedue i coniugi o uno di essi sono minori o interdetti (art. 126 c.c.). È questo l’unico caso in cui il tribunale deve adottare un provvedimento, nel corso del giudizio di annullamento e prima della sentenza, in composizione collegiale; per il resto, la fase introduttiva e quella istruttoria si svolgono interamente avanti al giudice istruttore.

È opinione diffusa e condivisibile che, ordinando la separazione temporanea dei coniugi, il tribunale debba adottare, altresì, i **provvedimenti temporanei e urgenti** relativi ai figli (art. 155 c.c.) e, su richiesta della parte interessata, quelli concernenti il mantenimento del coniuge che non abbia adeguati redditi propri (art. 156 c.c.) e purché, rispetto allo stesso coniuge, sussista il *fumus boni iuris* circa la sussistenza dei presupposti di cui all’art. 128, 1° comma, c.c. (buona fede, violenza, timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne).

La sentenza di annullamento scioglie il matrimonio con efficacia retroattiva.

Ulteriori **effetti** della pronuncia sono i seguenti:

1) la cessazione del vincolo di affinità (art. 78, 3° comma, c.c., che fa salva, per l’affinità in linea retta, la permanenza dell’impedimento matrimoniale, peraltro dispensabile);

2) lo scioglimento della comunione legale (art. 191 c.c.);

3) la cessazione della destinazione del fondo patrimoniale (art. 171 c.c.);

4) la nullità della donazione obnuziale (art. 785, 2° comma, c.c.);

5) la perdita del diritto della moglie di usare il cognome del marito.

Limiti alla retroattività devono essere rinvenuti nell’irripetibilità delle **prestazioni di mantenimento o di assistenza**, effettuate durante il rapporto matrimoniale e prima della sentenza di annullamento. Tali prestazioni, infatti, trovano adeguata giustificazione nella comunione di vita, temporaneamente instauratasi in seguito alla celebrazione del matrimonio e nonostante la causa di invalidità. Del resto, si è correttamente osservato che la regola dell’irripetibilità delle

prestazioni è affermata, ormai unanimemente, nel caso di convivenza *more uxorio*; sicché, a maggior ragione, essa opera nell'ambito della relazione insorta tra i coniugi nel caso di matrimonio invalido.

Il **minore emancipato** col matrimonio, in seguito alla sentenza di annullamento (per una causa diversa dall'età: art. 392, 3° comma, c.c.), non perde la propria capacità di compiere gli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione; tuttavia, venendo meno il coniuge, il giudice tutelare nomina curatore uno dei genitori, se idoneo all'ufficio, o, in mancanza, altra persona.

Allo stesso modo, deve escludersi che l'annullamento del matrimonio comporti la perdita della **cittadinanza** acquisita dal coniuge straniero o apolide per effetto del matrimonio. La legge, infatti, si limita a prevede l'annullamento del matrimonio come fattispecie che *preclude* l'acquisto della cittadinanza in capo al coniuge di cittadino italiano *quando risiede legalmente da almeno sei mesi nel territorio della Repubblica, ovvero dopo tre anni dalla data del matrimonio* (art. 5, l. 5 febbraio 1992, n. 91); quando, però, la cittadinanza sia stata ottenuta, non vi è un'analoga previsione legislativa, che sancisca la perdita della cittadinanza per effetto dell'annullamento del matrimonio.

Gli effetti della sentenza, che riguardano le obbligazioni patrimoniali tra coniugi e i rapporti di filiazione, sono disciplinati dagli artt. 128-129-129 *bis* c.c.

7. Il matrimonio putativo

Si parla di matrimonio putativo per indicare la situazione dei coniugi (o di uno solo di essi), che abbiano contratto il vincolo matrimoniale in buona fede (*id est*, ignorando senza colpa la causa di invalidità) o esprimendo un consenso estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne (art. 128, 1° e 3° comma, c.c.). Secondo la giurisprudenza, la buona fede del coniuge è presunta, in applicazione del principio generale dell'art. 1147, 3° comma, c.c.

Nei **rapporti interni ai coniugi**, la legge attribuisce rilevanza a tale condizione soggettiva, stabilendo che, fino alla sentenza che pronuncia la nullità, gli effetti del matrimonio si producono, in favore del coniuge che si sia trovato nella descritta situazione (o di entrambi), *come se* si tratti di matrimonio valido. Di conseguenza, il coniuge in buona fede conserva i **diritti successori** fino alla pronuncia definitiva di annullamento del matrimonio (art. 584 c.c.).

L'art. 584, 2° comma, c.c., prevede un'eccezione nel caso in cui il *de cuius* fosse legato da valido matrimonio al momento della morte: in tal caso, il coniuge putativo del defunto è escluso dalla successione.

La situazione soggettiva dei coniugi ha indotto il legislatore a prevedere, altresì, effetti di carattere solidaristico successivi alla pronuncia di invalidità. Infatti, quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'**obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro**, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze (art. 129 c.c.).

La dottrina qualifica tali somme periodiche alla stregua di un *assegno di mantenimento*, per la cui quantificazione, pertanto, si deve tenere conto del tenore di vita goduto dal coniuge avente diritto prima dell'annullamento.

La legge fa riferimento soltanto al caso in cui i coniugi siano entrambi in buona fede. Invero, parrebbe logico ritenere che, *a fortiori*, l'obbligo debba essere imposto al coniuge in mala fede e in favore di quello in buona fede: sennonché, una siffatta interpretazione estensiva non appare aderente al chiaro tenore letterale della norma e al disposto dell'art. 129 *bis* c.c., nel cui ambi-

to applicativo deve essere ricondotta l'ipotesi di nullità del matrimonio imputabile a uno dei coniugi.

In favore del solo coniuge in buona fede (con esclusione, quindi, di quello il cui consenso estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità), la legge stabilisce il diritto a una **congrua indennità** a carico dell'altro coniuge o del terzo, cui sia imputabile la nullità del matrimonio (art. 129 *bis* c.c.). L'indennità deve comprendere una somma non inferiore al mantenimento per tre anni e deve essere corrisposta a prescindere dalla prova del danno sofferto dal coniuge in buona fede. Il coniuge in mala fede e il terzo sono responsabili in solido, qualora essi abbiano concorso nel determinare la nullità del matrimonio.

Nel caso in cui non vi siano altri obbligati e ricorra il presupposto dello stato di bisogno, il coniuge in male fede è tenuto, altresì, a corrispondere gli **alimenti** al coniuge in buona fede.

Nonostante l'applicazione degli istituti appena descritti, non può farsi a meno di osservare come la legge riservi complessivamente al coniuge in buona fede, in seguito all'annullamento del matrimonio, un trattamento meno favorevole rispetto al coniuge separato o divorziato. In particolare:

— l'assegno di mantenimento in favore del coniuge che non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze non può essere attribuito per un periodo superiore a tre anni;

— non è prevista la facoltà del giudice di imporre al coniuge obbligato la prestazione di idonea garanzia (art. 156, 4° comma, c.c.; art. 8, 1° comma, l. 1° dicembre 1970, n. 898), né, in caso di inadempienza, il potere di ottenere dai terzi il pagamento diretto, in favore del coniuge avente diritto, delle somme dovute al coniuge obbligato (art. 156, 6° comma, c.c.; art. 8, 3° comma, l. n. 898 del 1970);

— non è previsto il diritto alla pensione di reversibilità e all'indennità di fine rapporto (art. 2122 c.c.), sancito invece, in caso di divorzio, rispettivamente dagli artt. 9 e 12 *bis*, l. 1° dicembre 1970, n. 898 (ma parte della dottrina ne sostiene l'applicabilità analogica).

Appare condivisibile, pertanto, l'opinione dottrinale favorevole *de iure condendo* all'unificazione delle forme procedimenti e di tutela relative ai giudizi di separazione, divorzio e annullamento del matrimonio.

8. Effetti dell'annullamento nei confronti dei figli

I **figli nati o concepiti durante il matrimonio dichiarato nullo** restano legittimi in seguito alla pronuncia di annullamento, anche in ipotesi di mala fede di uno o di entrambi i coniugi (art. 128, 2° e 3° comma, c.c.). Parimenti, restano legittimi i **figli nati prima del matrimonio e riconosciuti anteriormente alla sentenza che dichiara la nullità**.

Il principio del *favor legitimitatis* e la *ratio legis* di non far gravare sui figli le conseguenze pregiudizievoli di comportamenti assunti dai loro genitori trovano l'unica eccezione nei riguardi dei **figli nati o concepiti durante un matrimonio nullo per bigamia o incesto**. In tal caso, infatti, se il matrimonio è stato contratto in mala fede da entrambi i coniugi, l'annullamento del matrimonio fa perdere ai figli la condizione di legittimità e fa acquistare quella di figli naturali riconosciuti, nei casi in cui il riconoscimento è ammesso. La buona fede di uno solo dei genitori, invece, giova anche ai figli, che mantengono il loro *status* di figli legittimi (art. 128, 4° e 5° comma, c.c.).

Quando è disposta la separazione temporanea dei coniugi durante il giudizio di nullità del matrimonio (art. 126 c.c.) (§ 6), ovvero contestualmente alla sentenza di nullità, il giudice adotta i **provvedimenti riguardo ai figli** previsti dalla corrispondente

norma in materia di separazione personale (art. 155 c.c.). Il provvedimento giudiziario dispone, pertanto:

— l'affidamento dei figli minori a uno dei genitori;

— la determinazione del contributo di mantenimento a carico del genitore non affidatario;

— l'assegnazione della casa familiare, di preferenza, e ove possibile, al genitore affidatario.

9. Nullità del matrimonio concordatario e giurisdizione dei tribunali ecclesiastici

Una specifica disciplina è prevista per l'invalidità del matrimonio concordatario, rispetto alla quale il nostro ordinamento riconosce, sin dal Concordato del 1929, la giurisdizione dell'autorità ecclesiastica. Le forme e i limiti di tale riconoscimento, peraltro, sono notevolmente mutate nel corso del tempo.

I **Patti Lateranensi del 1929** fissavano il principio di *riserva esclusiva di giurisdizione* in favore dei tribunali ecclesiastici, ai quali soli, pertanto, spettava la competenza a giudicare dell'invalidità dei matrimoni concordatari. All'autorità giudiziaria italiana (in particolare, alla Corte di Appello) era attribuito unicamente il potere di rendere esecutive le sentenze ecclesiastiche di annullamento (rese, a loro volta, previamente esecutive con decreto del Tribunale Supremo della Segnatura Apolostica) e di disporne l'annotazione nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio.

La consolidata interpretazione giurisprudenziale escluse, fino agli inizi degli anni '80, il potere della Corte di Appello di verificare la conformità della pronuncia ecclesiastica ai principi di ordine pubblico interno, ritenendo che il giudice italiano dovesse limitarsi a un controllo della mera regolarità formale dell'atto.

Con la famosa **sentenza 2 febbraio 1982, n. 18**, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'art. 17 della legge matrimoniale del 1929 (che dava esecuzione all'art. 34, 6° comma, del Concordato con la Santa Sede) nella parte in cui non prevedeva che la Corte d'Appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico, potesse verificare, da un lato, l'effettivo rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa nel procedimento giurisdizionale ecclesiastico, e, dall'altro, la conformità della sentenza ecclesiastica all'ordine pubblico italiano.

Proprio in conseguenza di tale affermazione di principio, la Corte costituzionale, nella stessa sentenza, dichiarò costituzionalmente illegittima la previsione normativa, che consentiva alla Corte di Appello di dichiarare esecutivo il provvedimento pontificio di dispensa dal matrimonio rato e non consumato.

La stessa Corte costituzionale ribadì, peraltro, la costituzionalità della riserva esclusiva di giurisdizione, affermando che la norma costituzionale che vieta l'istituzione di giudici speciali (art. 102 c.c.) si riferisce all'ordinamento giuridico interno e non ai giudici appartenenti ad altro ordinamento e, inoltre, che la sovranità dello Stato può coesistere con l'attribuzione di ambiti di giurisdizione alla competenza di altri ordinamenti.

Con l'**Accordo di revisione del Concordato del 1984** (ratificato con l. 25 maggio 1985, n. 121), la normativa è stata profondamente innovata ed anche la giurisprudenza è pervenuta a soluzioni assai diverse rispetto al passato.

L'**art. 8, punto 2**, ha previsto che le sentenze ecclesiastiche possano essere dichiarate efficaci nell'ordinamento, con provvedimento della Corte di Appello, previo accertamento di tre condizioni:

1) la competenza del giudice ecclesiastico a decidere la controversia;
2) il rispetto, nel procedimento avanti al tribunale ecclesiastico, del diritto delle

parti ad agire e resistere in giudizio in conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano;

3) la sussistenza degli altri presupposti richiesti dalla legge italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere.

Con riguardo a tale ultima condizione, l'**art. 4, lett. *b*) del Protocollo Addizionale all'Accordo di revisione** precisava che *ai fini dell'applicazione degli artt. 796 e 797 c.p.c., si dovrà tener conto della specificità dell'ordinamento canonico*. Sennonché, le richiamate disposizioni del codice di procedura civile risultano oggi abrogate in seguito all'entrata in vigore della l. 31 maggio 1995, n. 218, che – introducendo con gli artt. 64 e 65, il principio del *riconoscimento automatico* delle sentenza straniere (con abrogazione del giudizio di delibazione) – ha modificato le condizioni di conformità all'ordinamento italiano, che le sentenze straniere debbono rispettare per poter risultare automaticamente efficaci.

In seguito a tali modifiche, deve ritenersi, pertanto, che:

— il giudizio di delibazione continua a essere previsto come condizione di efficacia delle sentenze ecclesiastiche nell'ordinamento italiano (la l. n. 218 del 1995 non abroga, infatti, la norma pattizia relativa ai rapporti tra Stato e Chiesa);

— la valutazione di conformità delle sentenze ecclesiastiche alla legge italiana deve essere compiuta ai sensi delle norme degli artt. 64 e 65, l. n. 218 del 1995, attualmente in vigore.

Sebbene, ai fini della dichiarazione di efficacia nell'ordinamento italiano, sia richiesto che la sentenza ecclesiastica contenga i presupposti richiesti dalla legge italiana per la dichiarazione di efficacia delle sentenze straniere, non può sostenersi, tuttavia, che la sentenza ecclesiastica debba essere considerata alla stessa stregua di una sentenza "straniera". A tale conclusione, oltre alla già descritta differenza tra l'art. 8, 2° comma, dell'Accordo di revisione e l'art. 64, l. n. 218 del 1995 – inducono anche i seguenti dati normativi:

— l'art. 63, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, distingue – riguardo alla trascrizione nell'archivio informatico da parete dell'ufficiale dello stato civile – le sentenze *con cui si pronuncia all'estero la nullità, lo scioglimento, la cessazione degli effetti civili di un matrimonio* (lett. *g*) dalle *sentenze della corte di appello previste dell'art. 17 della l. 27 maggio 1929, n. 847, e dall'art. 8, 2° comma, dell'accordo del 18 febbraio 1984 tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede* (lett. *h*);

— l'art. 63, Regolamento CE n. 2201 del 2003, relativo *alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale* che – a fronte del principio generale di riconoscimento in ciascuno Stato membro delle sentenze pronunciate in altro Stato, *senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento* – fa espressamente salva la possibilità che le sentenze ecclesiastiche possano essere sottoposte alle procedure e ai controlli previsti nei Trattati stipulati da ciascuno Stato con la Santa Sede.

Tra i presupposti richiesti dalla legge italiana per la dichiarazione di efficacia, quello dell'***ordine pubblico*** è stato sovente richiamato dalla giurisprudenza per escludere l'efficacia della sentenza ecclesiastica. Si è ritenuto, ad esempio, che i principi di affidamento e buona fede nei rapporti giuridici costituiscono principi di ordine pubblico, alla stregua dei quali la sentenza ecclesiastica di annullamento del matrimonio per **riserva mentale** di uno dei coniugi relativa ai *bona matrimonii* può essere dichiarata esecutiva nell'ordinamento italiano soltanto ove sia dimostrata la conoscenza o la conoscibilità di tale riserva da parte dell'altro coniuge.

Allo stesso modo, devono ritenersi in contrasto con l'ordine pubblico le pronunce di annullamento per motivi strettamente religiosi, quali la *disparitas cultus*, l'ordine sacro o il voto pubblico di castità.

È stata negata dalla giurisprudenza, ai fini della dichiarazione di efficacia, la natura di atto giurisdizionale al rescritto pontificio con cui si accorda la grazia della dispensa da **matrimonio rato e non consumato**. Si tratta, infatti, di un provvedimento sostanzialmente amministrativo, cui non può applicarsi il procedimento di cui all'art. 8, 2° comma, Accordo di revisione.

In seguito all'Accordo di revisione, la prevalente dottrina e la giurisprudenza negano oggi la **riserva di giurisdizione ecclesiastica** per i giudizi di annullamento dei matrimoni concordatari: di conseguenza, la domanda di annullamento del matrimonio concordatario può essere proposta avanti al giudice ecclesiastico o al giudice italiano, ma, qualora la giurisdizione ecclesiastica sia stata preventivamente adita, il giudice italiano è carente di giurisdizione (Cass., sez. un., 13 febbraio 1993, n. 1824).

Da ricordare, infine, che la Corte di Appello, nella sentenza volta a rendere esecutiva la sentenza canonica, può statuire **provvedimenti economici provvisori** a favore di uno dei coniugi, rimandando le parti al giudice competente per la decisione in materia (art. 8, 3° comma, Acc. rev.).

Sezione Terza
I RAPPORTI PERSONALI TRA CONIUGI

1. Il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi

Fino alla riforma del diritto della famiglia del 1975, i rapporti personali tra coniugi – attualmente disciplinati dagli artt. 143-148 c.c. – erano regolati in base al principio della potestà maritale. Il testo abrogato dell'art. 144 c.c. definiva il marito come "capo della famiglia"; la moglie seguiva la condizione civile del marito, ne assumeva il cognome ed era obbligata ad accompagnarlo dovunque egli ritenesse di fissare la sua residenza.

La riforma del 1975, nel dare attuazione al principio di eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi (art. 29, 2° comma, Cost.), ha stabilito che *con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri* (art. 143, 1° comma, c.c.).

La **priorità dei diritti** – è stato osservato dalla migliore dottrina – non costituisce una precedenza meramente testuale, ma implica che i diritti, cui la norma si riferisce, non sono soltanto quelli che si collegano funzionalmente agli obblighi elencati dal 2° comma, bensì tutti i diritti compatibili con lo *status* di coniuge. Questi ultimi diritti sono assoggettati, come gli altri, al principio di uguaglianza, che per essi, tuttavia, non si identifica necessariamente in un vincolo di reciprocità (cui allude genericamente la rubrica dell'art. 143 c.c., ma non il testo del 1° comma della norma), ma si traduce piuttosto in un criterio di pari opportunità. Si tratta, essenzialmente, dei diritti della persona e, in particolare, delle libertà personali.

Tra i diritti funzionalmente collegati ai corrispondenti obblighi e gli altri diritti (o libertà) intercorre un'intuibile differenza: solo i primi si "acquistano" – come afferma l'art. 143, 1° comma, c.c. – con il matrimonio, così come si assumono i corrispondenti obblighi; gli altri diritti, generalmente, preesistono e, quindi, con il matrimonio si conservano, talvolta con limitazioni inerenti all'acquisto della condizione coniugale, talaltra con un rafforzamento giustificato proprio dall'acquisto dello *status* di coniuge, per lo più senza mutamenti di rilievo.

Così, ad esempio, il matrimonio non introduce alcun significativo mutamento in ordine alla titolarità e all'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, come, in particolare, il **diritto di associarsi liberamente** (artt. 18 e 49 Cost.), il **diritto di professare liberamente la propria fede religiosa** (art. 19 Cost.) e il **diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero** (art. 21 Cost.).

Alla stessa conclusione dovrebbe giungersi per il **diritto a svolgere un'attività lavorativa** *secondo le proprie possibilità e la propria scelta* (art. 4, 2° comma, Cost.), salvo a riconoscere legittimi eventuali accordi tra coniugi in ordine alle modalità di esercizio dell'attività lavorativa da parte dell'uno o dell'altro.

Un "rafforzamento" conseguente allo *status* coniugale può essere configurato nei confronti

del **diritto alla riservatezza** che, nel matrimonio, si estende a tutta la sfera di intimità della vita familiare. Violerebbe, quindi, il diritto alla riservatezza di uno dei coniugi l'altro coniuge che rivelasse a terzi (anche se parenti) affari interni alla vita familiare.

Scontate sono, infine, le limitazioni, che il matrimonio introduce al **diritto di *circolare e soggiornare liberamente*** (art. 16 Cost.) e a quell'espressione della libertà personale (art. 13 Cost.) che è costituita dalla **libertà sessuale**. Ma in tal caso, piuttosto che di limiti a diritti (o libertà) fondamentali, si tratta degli effetti dell'assunzione, con il matrimonio, degli obblighi reciproci di coabitazione, incompatibile con un'insindacabile libertà individuale di circolazione e di soggiorno (come si desume, altresì, dall'art. 146 c.c.), e di fedeltà, che preclude un'assoluta libertà sessuale individuale.

Si può condividere, in definitiva, la conclusione, secondo cui le libertà personali non subiscono mutamenti di carattere generale né nell'ambito della comunità familiare né per il fatto dell'appartenenza ad essa. Le limitazione e i rafforzamenti, cui si è in precedenza accennato, rappresentano i riflessi dell'incidenza, su tali libertà, del reciproco operare dei diritti e degli obblighi attribuiti ai coniugi dall'art. 143, 2° e 3° comma, c.c.

La norme degli artt. 143-148 c.c. non si limitano, peraltro, a disciplinare i soli rapporti *personali* tra coniugi. Il principio di eguaglianza dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio regola, infatti, anche l'ambito dei rapporti patrimoniali e alcune delle norme del Capo IV del Titolo VI – come il dovere di contribuire ai bisogni della famiglia (art. 143, 3° comma, c.c.), l'accordo sull'indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.), l'intervento del giudice negli affari essenziali della famiglia – si rivelano direttamente applicabili anche a questioni patrimoniali.

D'altra parte, le norme degli artt. 143-148 c.c. disciplinano, altresì, gli obblighi dei coniugi nei confronti dei figli (art. 147 c.c.), nonché gli obblighi degli altri ascendenti, quando i genitori non abbiano i mezzi necessari per adempiere i loro doveri nei confronti dei figli (art. 148 c.c.).

È oggetto di critica da parte della dottrina la stessa espressione "rapporti personali tra coniugi", cui si ricorre usualmente, nella manualistica, per designare la materia dei "diritti e doveri che nascono dal matrimonio" (secondo la più generica espressione adoperata dal legislatore per intitolare l'insieme delle norme in esame).

Il modello di comunità familiare, quale risultante dalle norme costituzionali (artt. 29-31 Cost.), non può essere degradato alla somma di una pluralità di rapporti giuridici, ma costituisce il luogo di unitaria espressione e di coordinamento tra le "esigenze" (art. 144, 1° comma, c.c.) e "aspirazioni" (art. 147 c.c.) di ciascuno dei suoi componenti e le "esigenze dell'unità e della vita della famiglia" (art. 145 c.c.).

2. Gli obblighi coniugali reciproci

Il matrimonio fa sorgere a carico dei coniugi gli obblighi reciproci di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di collaborazione nell'interesse della famiglia, di coabitazione e di contribuzione ai bisogni della famiglia.

Tali obblighi presentano alcune caratteristiche comuni:

a) si tratta, anzitutto, di **obblighi tassativamente previsti dalla legge**, in conformità alla previsione costituzionale che riserva alla legge la fissazione dei "limiti" a garanzia dell'unità familiare;

b) gli obblighi stessi sono **inderogabili** (art. 160 c.c.); sarebbe nullo, pertanto, l'accordo con cui i coniugi si esonerassero – unilateralmente o reciprocamente – dalla loro osservanza (in coerenza con tale assunto, la Suprema Corte afferma, ad esempio, che la tolleranza di un coniuge alle infedeltà dell'altro coniuge è del tutto irrilevante per escludere l'addebitabilità della separazione personale);

c) gli obblighi sono, inoltre, **incoercibili**, proprio in ragione della loro natura personale; la violazione di essi assume diversa rilevanza a seconda dei casi:

— talvolta, determina la *sospensione dell'esigibilità di obblighi reciproci* (art. 146 c.c.);

— più spesso, la violazione può essere dedotta nel giudizio di *addebitabilità della separazione personale* (art. 151, 2° comma, c.c.);

— quando la violazione si concretizzi nell'inadempimento degli obblighi di assistenza, l'ordinamento commina un'espressa *sanzione penale* (art. 570 c.p.);

— infine, la violazione degli obblighi coniugali può essere, in concreto, fonte di responsabilità e del conseguente obbligo di risarcimento del danno in favore dell'altro coniuge (come, ad esempio, nel caso che la violazione dell'obbligo di fedeltà abbia provocato pregiudizio alla reputazione o, addirittura, al benessere psico-fisico del coniuge leso).

a) **Obbligo di fedeltà**

Il dovere di assoluta dedizione affettiva di un coniuge nei confronti dell'altro deve essere inteso sia in senso fisico sia in senso spirituale.

Conseguentemente, ciascun coniuge deve astenersi non soltanto da relazioni sessuali (pur occasionali) con altre persone, ma anche da legami affettivi che, per quanto platonici, abbiano un'evidenza sociale tale da recare offesa all'onore dell'altro coniuge.

Costituiscono violazione dell'obbligo di fedeltà anche gli “approcci” compiuti da un coniuge nei riguardi di terza persona, pur non sfociati in una relazione sessuale.

Non deve escludersi, tuttavia, una valenza strettamente sessuale dell'obbligo di fedeltà: sicché viola tale obbligo anche la moglie che, all'insaputa del marito, si sottoponga ad inseminazione eterologa, o il marito che, senza il consenso della moglie, decida di donare il proprio seme.

b) **Obbligo di assistenza morale e materiale**

La comunione di vita materiale e spirituale, che deve sussistere durante il matrimonio, comporta che i coniugi siano obbligati a prestarsi reciprocamente aiuto e sostegno, sia nel corso della vita quotidiana sia in occasione di eventi particolari.

Si tratta di un obbligo di ampio contenuto, suscettibile di tradursi in una pluralità di comportamenti doverosi, che vanno dall'adeguamento a talune caratteristiche psicologiche del coniuge (sensibilità, impressionabilità, irritabilità, ecc.) al conforto in situazioni di sofferenza e dolore (lutti, infortuni, malattie, ecc.). Anche determinati eventi lieti (come, ad esempio, la nascita di un figlio) possono comportante prestazioni aggiuntive di assistenza morale e materiale. Le modalità dell'assistenza morale o materiale sono suscettibili, inoltre, di mutare, per contenuto ed ampiezza, per effetto di circostanze sopravvenute (si pensi all'*handicap* sopravvenuto del coniuge).

L'obbligo di assistenza materiale, in particolare, comporta che, a prescindere dal regime patrimoniale adottato dai coniugi, il coniuge debba intervenire in quelle vicende patrimoniali dell'altro, le quali, pur senza incidere sul tenore di vita o sui bisogni della famiglia, siano suscettibili di incidere sulla comunione di vita familiare (ad esempio, il coniuge che fornisca all'altro il denaro necessario ad estinguere un suo debito personale, per consentirgli di evitare l'esecuzione forzata su un bene cui sia legato da un particolare legame affettivo).

c) **Obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia**

Si tratta di comportamenti doverosi, che attengono alla dinamica interna della vita familiare e consistono nell'offerta delle proprie capacità e attitudini per il comune inte-

resse della famiglia. Tale obbligo comporta, in generale, che la condotta del coniuge sia costantemente adeguata nella direzione del migliore coordinamento tra le esigenze individuali e il bene della famiglia.

Violerebbe, ad esempio, l'obbligo di collaborazione il coniuge che, particolarmente esperto nel *bricolage*, si disinteressasse per mera pigrizia delle piccole riparazioni di casa, gravando la famiglia di sproporzionate spese conseguenti all'intervento domiciliare di artigiani.

Allo stesso modo, non dimostrerebbe collaborazione il coniuge che, in concomitanza con il ritorno dell'altro da un lungo viaggio di lavoro, si dedicasse volutamente a un'attività di svago (ad esempio, una partita a tennis) piuttosto che a prelevare il coniuge all'aeroporto o a rendere comunque confortevole il suo ritorno a casa.

d) **Obbligo di coabitazione**

I coniugi devono vivere sotto lo stesso tetto, affinché la loro comunione di vita si manifesti nella sua assolutezza, coinvolgendo ogni aspetto di intimità e quotidianità.

La legge sanziona, pertanto, l'**allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare** con la sospensione del correlativo obbligo di assistenza morale e materiale da parte dell'altro coniuge (art. 146 c.c.). Così, ad esempio, non potrebbe pretendere di essere assistito in occasione di una malattia il coniuge che, in precedenza, avesse abbandonato ingiustificatamente la residenza familiare.

L'art. 146, 2° comma, c.c., precisa, peraltro, opportunamente, che la proposizione della domanda di separazione, o di annullamento, o di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio costituisce **giusta causa di allontanamento** dalla residenza familiare: non si può pretendere, infatti, la coabitazione nei confronti della persona verso la quale si è formalmente espressa la volontà di interrompere, temporaneamente o definitivamente, la comunione di vita familiare. Ma la norma ha valenza biunivoca, nel senso che consente allo stesso coniuge, che abbia proposto una delle suddette domande, di abbandonare la residenza familiare, allo scopo di prevenire eventuali reazioni o rappresaglie dell'altro e di non essere ritenuto, nello stesso tempo, inadempiente all'obbligo di coabitazione.

Nel caso di allontanamento senza giusta causa, il giudice può, secondo le circostanze, ordinare il **sequestro dei beni del coniuge allontanatosi**, nella misura atta a garantire l'adempimento degli obblighi di contribuire ai bisogni della famiglia e di mantenimento dei figli (art. 146, 3° comma, c.c.). Nel silenzio della legge, deve ritenersi che la legittimazione a richiedere una tale misura cautelare non sia riservata soltanto al coniuge, ma spetti anche ai figli e a chiunque via abbia interesse (come previsto espressamente dall'art. 148, n. 6. c.c.).

Il dovere di coabitazione deve ritenersi osservato quando l'assenza dalla residenza familiare sia temporalmente limitata (ad esempio, per una sola giornata, in seguito a un furibondo litigio col coniuge) o giustificata da esigenze di lavoro (come, ad esempio, nel caso del coniuge che eserciti la sua professione in una città diversa da quella della sua residenza e sia costretto a trattenersi nel luogo di lavoro per alcuni giorni alla settimana).

La coabitazione prescinde, infine, dalle risultanze dei registri anagrafici, sicché l'obbligo deve ritenersi adempiuto anche quando i coniugi risultino iscritti (ad esempio, per ragioni connesse all'attività lavorativa) nell'anagrafe di Comuni diversi.

e) **Obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia**

Ciascun coniuge è tenuto, in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia (art. 143, 3° comma, c.c.).

Per **bisogni della famiglia** devono intendersi le esigenze primarie ed essenziali, nonché quelle ulteriori necessità che, secondo una valutazione assolutamente relativa, si conformano al tenore di vita assunto dalla famiglia in relazione alle capacità patrimoniali e di reddito dei suoi componenti.

Al dovere di contribuzione la dottrina prevalente attribuisce la valenza di **regime patrimoniale primario** con efficacia esterna: ciò significa che, qualunque sia il regime patrimoniale adottato dai coniugi (comunione legale, separazione dei beni, comunione convenzionale), entrambi i coniugi sono responsabili in solido per le obbligazioni contratte per i bisogni della famiglia. In effetti, in un'ottica di effettiva tutela dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, non si può negare il potere di ciascun coniuge di far valere anche nei confronti dei terzi la legittimazione all'attuazione disgiuntiva dell'indirizzo familiare e, quindi, di assumere validamente obbligazioni a ciò funzionali anche in ipotesi di modesto patrimonio personale: in difetto, infatti, della responsabilità solidale del coniuge capiente, ogni creditore potrebbe rifiutarsi, a ragione, di contrarre col coniuge economicamente più debole.

Finora, peraltro, la giurisprudenza si è mostrata assai prudente ad ammettere la **responsabilità solidale dei coniugi per le obbligazioni contratte dal singolo coniuge per i bisogni della famiglia**.

A parte i casi in cui si è parlato di *rappresentanza apparente* (ipotesi che, essendo fondata su istituti di diritto comune delle obbligazioni, non presentano alcuna attinenza con il regime patrimoniale primario), la responsabilità solidale dei coniugi è riconosciuta dalla giurisprudenza soltanto nel caso di obbligazioni contratte da uno solo dei coniugi per il soddisfacimento dell'interesse alla salute di uno dei componenti della famiglia.

Trattavasi di un caso in cui la moglie aveva sostenuto ingenti spese odontoiatriche per sé e per i due figli minori: per lungo tempo, i costi degli interventi erano stati pagati dal marito, che aveva rifiutato, al termine delle cure, il pagamento del saldo finale. Orbene, la Suprema Corte (Cass., 25 luglio 1992, n. 8995 e, più recentemente, Cass., 8 agosto 2002, n. 12021), ha affermato che l'obbligazione del pagamento delle spese della cura del coniuge gravava anche su di lui, in quanto relativa *ad un bisogno primario della famiglia, quale quello della salute dei suoi componenti*. La deroga al principio generale (art. 1372 c.c.) – secondo cui solo il coniuge che abbia personalmente stipulato l'obbligazione per contribuire al soddisfacimento dei bisogni della famiglia risponde del debito contratto – si giustifica, pertanto, in ragione della particolare natura dell'interesse in gioco (salute), che trova tutela anche costituzionale (art. 32 Cost.) ed in virtù dell'esistenza di un *interesse superiore della famiglia come società naturale e fondamentale del vivere civile*.

L'obbligo di contribuzione deve essere proporzionato alle **sostanze** e alle **capacità di lavoro**, professionale o casalingo, di ciascun coniuge. Per “sostanze” devono intendersi tanto i redditi quanto gli eventuali cespiti patrimoniali o i risparmi del coniuge. Si fa riferimento, poi, alle “capacità” di lavoro per mettere in evidenza la rilevanza, ai fini del dovere contributivo, delle potenzialità di ciascun coniuge, onde non avallare quelle condotte deliberatamente omissive o pigre del coniuge che intenda sottrarsi ai suoi obblighi nei confronti della famiglia.

3. L'indirizzo della vita familiare

L'**accordo** tra i coniugi determina l'indirizzo della vita familiare, che comprende le decisioni sull'attività lavorativa di entrambi i coniugi, sul tenore di vita, sull'impiego del tempo libero e, in generale, l'insieme delle scelte idonee a definire le modalità della vita familiare (art. 144 c.c.). Tra queste ultime, il codice menziona espressamente la fissa-

zione della **residenza familiare**, cioè del luogo ove i coniugi decidono di dare attuazione al reciproco obbligo di coabitazione.

La legge non esige l'*unicità* della residenza familiare, potendo i coniugi, di comune accordo, fissare una pluralità di luoghi di comune coabitazione, in ragione di stagioni dell'anno o di esigenze lavorative di uno o di entrambi i coniugi (come, ad esempio, nel caso in cui i coniugi decidano di trascorre l'autunno e l'inverno in un appartamento in città e la primavera e l'estate in una casa in collina).

Le scelte dei coniugi devono essere adottate tenendo conto delle **esigenze di entrambi e di quelle preminenti della famiglia** (art. 144, 1° comma, c.c.). Un tale criterio di bilanciamento esprime la necessità di contemperare le esigenze individuali con quelle dell'intero nucleo familiare, in modo da consentire a ciascun coniuge di svolgere la sua personalità all'interno della comunità familiare (art. 2 Cost.), senza, peraltro, che le scelte individuali comportino limitazioni o menomazioni dei diritti e degli interessi degli altri componenti della famiglia. Nel contrasto insanabile tra esigenze individuali ed esigenze familiari, la legge impone di attribuire prevalenza a queste ultime, in conformità al principio costituzionale di unità della famiglia (art. 29, 2° comma, Cost.).

L'accordo tra i coniugi non ha **natura giuridica** di contratto, neppure quando le scelte attengono a questioni di contenuto patrimoniale (ad esempio, la decisione, interna ai coniugi, di procedere ad un acquisto immobiliare). Si tratta di atto di autonomia privata (Vol. I, parte II, Sez. I, n. 9), che, tuttavia, non è né coercibile né irrevocabile; il successivo ripensamento di uno o di entrambi i coniugi – che non sia da ritenersi ingiustificato in mancanza di un mutamento delle circostanze di fatto, che avevano giustificato una determinata decisione – pur potendo eventualmente rilevare sotto il profilo della violazione degli obblighi coniugali (e, di conseguenza, come fatto che renda intollerabile la prosecuzione della convivenza: art. 151 c.c.), impone ai coniugi stessi di addivenire ad un nuovo accordo, che parimenti contemperi le esigenze individuali con quelle preminenti della famiglia.

Nullo deve ritenersi, invece, l'accordo che deroghi agli obblighi nascenti dal matrimonio.

A ciascun coniuge spetta il **potere di attuare l'indirizzo concordato** (art. 144, 2° comma, c.c.), che consiste nell'adozione di tutte le condotte e le decisioni necessarie per realizzare gli accordi conclusi (ad esempio, procedere all'acquisto immobiliare che si è deciso di effettuare, prenotare la vacanza programmata, dimettersi dall'impiego lavorativo per dedicarsi alla comune attività d'impresa, ecc.).

Quando l'attuazione dell'indirizzo familiare da parte del singolo coniuge comporti la nascita di obbligazioni nei confronti di terzi, sorge nuovamente il problema della responsabilità solidale del coniuge che, pur avendo prestato il suo consenso in sede di accordo coniugale, non abbia personalmente assunto l'obbligazione.

Nel silenzio della legge, occorre considerare la grave difficoltà del terzo di assolvere all'onere probatorio relativo all'accordo coniugale all'origine dell'atto di autonomia privata stipulato dal coniuge debitore. Inoltre, nell'espansione degli ambiti di responsabilità solidale tra coniugi è insito il rischio di una progressiva assimilazione, sul piano dei rapporti obbligatori, dei vari regimi patrimoniali tra coniugi (comunione legale, separazione dei beni e comunione convenzionale). Infine, occorre prevenire possibili abusi di un coniuge che, sotto il simulacro di un presunto o malinteso accordo coniugale, esponga l'altro coniuge a pregiudizi di carattere patrimoniale.

4. L'intervento del giudice

Nel caso in cui i coniugi non riescano a pervenire all'accordo su scelte riguardanti l'indirizzo della vita familiare, ciascuno di essi può rivolgersi al giudice, affinché sia quest'ultimo a compiere il tentativo di raggiungere una **soluzione concordata** (art. 145, 1° comma, c.c.).

L'intervento del giudice nei contrasti interni ai coniugi – valutato inizialmente con diffidenza o scetticismo da parte della prevalente dottrina – presenta, di regola, una finalità meramente conciliativa. La legge non attribuisce, infatti, al giudice il potere di sostituire la volontà dei coniugi con l'autorità della decisione giudiziale.

Tuttavia, qualora il contrasto concerna la **fissazione della residenza familiare o altri affari essenziali**, ove non si riesca a raggiungere una soluzione concordata, i coniugi possono richiedere espressamente e congiuntamente al giudice di adottare la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia (art. 145, 2° comma, c.c.).

Il confronto tra il 1° e il 2° comma dell'art. 145 c.c. induce a ritenere che, in generale, il ricorso al giudice possa avvenire anche in caso di disaccordo su *affari non essenziali*, posto che – come è stato correttamente osservato in dottrina – anche un prolungato e ricorrente disaccordo su affari non essenziali può condurre alla crisi della coppia.

La **domanda** può essere proposta *"senza formalità"*. Ciò significa che l'atto introduttivo non deve contenere requisiti minimi essenziali, al pari di un atto di citazione o di un ricorso; occorre, tuttavia, che la domanda indichi l'oggetto del disaccordo tra coniugi.

Il giudice competente è il **tribunale**, che provvede in composizione monocratica.

Il **procedimento** non ha carattere contenzioso e prevede che, oltre ai coniugi, siano sentiti, per quanto opportuno, i figli conviventi che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età. Se i coniugi raggiungono l'accordo, il procedimento si conclude con una conciliazione, qualora le parti definiscano l'accordo stesso avanti al giudice, oppure con una pronuncia di non luogo a provvedere, nel caso che i coniugi si limitino a dare atto di avere definito l'accordo stragiudizialmente.

Nell'ipotesi del 2° comma, il **provvedimento** del giudice (non impugnabile) deve essere equiparato – secondo la Suprema Corte – al pronunciato di un arbitratore ed è, in quanto privo di efficacia esecutiva, di per sé insuscettibile di coercizione.

La giurisprudenza più recente ammette che il giudice, qualora accerti la loro disponibilità, rinvii le parti a un organismo o centro qualificato di **mediazione familiare**, allo scopo di raggiungere, o di agevolare, la conclusione di un accordo. I mediatori familiari devono essere qualificati, *ex* art. 68 disp. att. c.p.c., come ausiliari atipici del giudice. Qualora, però, la mediazione familiare si svolga in punto di residenza familiare o di altri affari essenziali e i coniugi abbiano richiesto espressamente e congiuntamente l'adozione di un provvedimento giudiziale, la soluzione adottata dal centro di mediazione familiare richiede, in ogni caso, di essere vagliata e recepita dal giudice nel provvedimento finale.

5. Il cognome e la cittadinanza della moglie

Per effetto del matrimonio, la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito e lo conserva durante lo stato vedovile, fino a che passi a nuove nozze (art. 143 *bis* c.c.).

Si tratta di una previsione che, pur senza porsi in contrasto con l'art. 6 c.c. – secondo cui *ogni persona ha diritto al nome che le è per legge attribuito* – introduce una deroga al principio di eguaglianza dei coniugi (art. 29 Cost.), non pienamente giustificata dall'esigenza di garantire l'unità familiare. La norma suscita perplessità, inoltre, anche rispetto al principio di eguaglianza davanti alla legge senza distinzioni di sesso (art. 3 Cost.).

Ma ancor meno giustificato risulta il divieto per la donna coniugata di trasmettere al figlio il proprio cognome, anche se in aggiunta a quello del padre. La Corte costituzionale, sul punto, ha affermato che "l'attuale sistema di attribuzione del cognome [è] retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna"; tuttavia, ha giudicato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 143 *bis*, 236, 237, 2° comma, 262, 299, 3° comma, c.c, e degli artt. 33 e 34 d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29, 2° comma, Cost., tenuto conto del vuoto di regole che determinerebbe una caducazione di tale disciplina, tale da non rendere neppure ipotizzabile una pronuncia di accoglimento che demandi ad un futuro intervento del legislatore la successiva regolamentazione organica della materia (sentenza 16 febbraio 2006, n. 61).

Non sussiste alcuna discriminazione, invece, in materia di cittadinanza.

Già l'art. 143 *ter* c.c. – introdotto con la riforma del 1975 – aveva sancito il diritto della moglie di conservare la cittadinanza italiana, salvo sua espressa rinunzia, anche se, per effetto del matrimonio o del mutamento di cittadinanza da parte del marito, ella avesse assunto una cittadinanza straniera.

La l. 5 febbraio 1992, n. 91 (*nuove norme sulla cittadinanza*), eliminando ogni discriminazione tra marito e moglie, ha escluso che il matrimonio del cittadino italiano con lo straniero possa produrre l'effetto della perdita della cittadinanza. Nel caso, invece, di cittadino straniero (o apolide), che contragga matrimonio con un cittadino italiano, il diritto a ottenere la cittadinanza sussiste o se lo straniero (o l'apolide) sia residente in Italia da almeno due anni, oppure decorsi tre anni dal matrimonio, purché, al momento dell'adozione del decreto di attribuzione della cittadinanza, non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi. I termini sono ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi (art. 5, come modificato dall'art. 11, l. 15 luglio 2009, n. 94).

6. Gli obblighi nei confronti dei figli

Il matrimonio fa sorgere in capo ai coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli (art. 147 c.c.).

Mentre gli obblighi di educazione e istruzione si estinguono con il raggiungimento della maggiore età, l'obbligo di mantenimento perdura fino all'effettivo raggiungimento dell'autosufficienza economica (salvo che il mancato raggiungimento sia imputabile al figlio stesso) e sorge, invece, sin dal momento della nascita (anche nel caso di sopravvenuto riconoscimento o accertamento giudiziale della filiazione naturale).

L'**obbligazione di mantenimento** deve essere adempiuta dai coniugi *in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo* (art. 148, 1° comma, c.c.): tale criterio di ripartizione interna ai coniugi dell'obbligazione opera anche nel caso del singolo genitore che abbia provveduto al mantenimento esclusivo del figlio e agisca in regresso nei confronti dell'altro.

Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri **ascendenti** legittimi o naturali, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli (art. 148, 1° comma, c.c.).

Se uno dei genitori è inadempiente all'obbligo di mantenimento dei figli, la legge prevede uno **speciale strumento esecutivo**, consistente nell'ordine, emesso con decre-

to del Presidente del Tribunale su istanza di chiunque vi abbia interesse, che una quota dei redditi dell'obbligato, in proporzione agli stessi, sia versata direttamente all'altro coniuge o chi sopporta le spese per il mantenimento, l'istruzione e l'educazione della prole (art. 148, 2° comma, c.c.).

Si tratta di un'ipotesi speciale di decreto ingiuntivo, esecutivo *ex lege*, avverso il quale gli interessati e il terzo debitore possono proporre opposizione nel termine di venti giorni dalla notifica. L'opposizione è regolata dalle norme relative all'opposizione al decreto ingiuntivo, in quanto applicabili (art. 148, 3° e 4° comma, c.c.).

Il provvedimento può essere revocato o modificato, su istanza delle parti o del terzo debitore, nelle forme del processo ordinario (art. 148, 5° comma, c.c.).

Se emesso nei confronti del genitore (o dell'ascendente) inadempiente, il decreto è titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (al pari di ogni altro decreto ingiuntivo esecutivo: art. 655 c.p.c.); se, invece, il decreto è emesso nei confronti del terzo debitore dell'obbligato inadempiente, pur costituendo titolo esecutivo, non è idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del terzo (Corte cost. 14 giugno 2002, n. 236).

Sezione Quarta
I RAPPORTI PATRIMONIALI TRA CONIUGI

I. NOZIONI GENERALI

1. I regimi patrimoniali della famiglia

Nel Capo VI del Titolo VI del Libro I – sotto l'intitolazione *del regime patrimoniale della famiglia* – il codice disciplina istituti tra loro diversi, che trovano il loro massimo comune denominatore soltanto nella natura patrimoniale delle situazioni e dei rapporti giuridici oggetto di regolamentazione:

a) *comunione legale* (artt. 177-197 c.c.), *comunione convenzionale* (artt. 210-211 c.c.) e *separazione dei beni* (artt. 215-219 c.c.) sono discipline generali concernenti, da una parte, le modalità con cui i coniugi, durante il matrimonio, acquistano ed esercitano i diritti aventi contenuto patrimoniale e, dall'altra, la responsabilità patrimoniale per le obbligazioni assunte dai coniugi stessi;

b) il *fondo patrimoniale* (artt. 167-171 c.c.) è un particolare istituto, per mezzo del quale i coniugi danno attuazione all'obbligazione di contribuire ai bisogni della famiglia;

c) l'*impresa familiare* (art. 230 *bis* c.c.) regola i rapporti e le conseguenze patrimoniali della collaborazione lavorativa nell'attività d'impresa esercitata dal coniuge o da un parente entro il terzo grado o da un affine entro il secondo.

L'espressione *"regime patrimoniale della famiglia"*, pertanto – in quanto allude ad uno statuto unitario dei rapporti patrimoniali che i coniugi instaurano, durante il matrimonio, tra loro e nei confronti dei terzi – si rivela appropriata soltanto per definire gli istituti menzionati *sub a*), che sono caratterizzati, di conseguenza, da necessaria alternatività. Al contrario, il fondo patrimoniale e l'impresa familiare sono istituti che si sovrappongono a una regolamentazione generale dei rapporti patrimoniali tra coniugi (di fonte legale o convenzionale).

Invero, qualora (e finché) i coniugi non decidano consensualmente di adottare un diverso regime (separazione dei beni o comunione convenzionale), essi versano automaticamente in regime di comunione legale.

Prima della **riforma del 1975**, il codice prevedeva la separazione dei beni come regime patrimoniale legale. I coniugi potevano adottare convenzionalmente la comunione dei beni, che aveva ad oggetto gli utili e gli acquisti (art. 215 c.c. abr.)

La convenzione matrimoniale più diffusa, peraltro, era la **dote**, costituita da *quei beni che la*

moglie o altri per essa apporta espressamente a questo titolo al marito per sostenere i pesi del matrimonio (art. 177 c.c. abr.). Se la dote consisteva in una somma di denaro o in cose mobili stimate nell'atto costitutivo della dote, il marito ne acquistava, di regola, la proprietà; in ogni caso, l'amministrazione dei beni dotali spettava al marito.

Il legislatore del 1975, al fine di attuare il principio di eguaglianza tra i coniugi, ha introdotto la comunione come regime legale, ritenendo così di far beneficiare il coniuge economicamente più debole o con maggiori difficoltà di inserimento lavorativo (come, all'epoca, era ritenuta la moglie) degli acquisti e degli incrementi patrimoniali ottenuti dal coniuge economicamente favorito (marito). Il regime di separazione dei beni, potendo realizzare di fatto una sperequazione economica tra i coniugi, è stato disciplinato, conseguentemente, come regime convenzionale, senza porre limiti, peraltro, alla possibilità della sua adozione da parte dei coniugi.

L'attuale art. 166 *bis* c.c. sancisce espressamente la nullità di ogni convenzione che comunque tenda alla costituzione di beni in dote.

È discusso se i coniugi, in luogo della separazione dei beni o della comunione convenzionale, possano adottare un **regime patrimoniale atipico**, come sembrerebbe potersi desumere dal disposto dell'art. 161 c.c., che – nel disporre che *gli sposi non possono pattuire in modo generico che i loro rapporti patrimoniali siano in tutto o in parte regolati da leggi alle quali non sono sottoposti o dagli usi, ma devono enunciare in modo concreto il contenuto dei patti con i quali intendono regolare questi loro rapporti* – ammette implicitamente che gli sposi possono adottare una legge straniera o gli usi stessi come fonte dei loro rapporti patrimoniali, con l'unico limite della precisazione del contenuto oggettivo dei loro accordi.

La norma dell'art. 161 c.c. deve essere coordinata, tuttavia, con l'art. 30, l. n. 218 del 1995, secondo cui *i coniugi possono convenire per iscritto che i loro rapporti patrimoniali sono regolati dalla legge dello Stato di cui almeno uno di essi è cittadino o nel quale almeno uno di essi risiede*.

Le due previsioni appaiono, invero, disciplinare ipotesi diverse:

— ai sensi dell'art. 161 c.c., con lo strumento della convenzione matrimoniale stipulata per atto pubblico, i coniugi sottopongono i loro rapporti patrimoniali a un regime di natura convenzionale (*atipico*, perché difforme dai modelli della separazione dei beni e della comunione convenzionale), il cui contenuto assume come modello gli usi o una legge straniera (o, anche, una legge abrogata): in tal caso, la fonte del regime patrimoniale è costituita esclusivamente dalla convenzione matrimoniale, che, pertanto, deve *enunciare in modo concreto il contenuto dei patti*;

— l'applicazione dell'art. 30, l. n. 218 del 1995, è condizionata, invece, al presupposto oggettivo (alternativo) della cittadinanza straniera o della residenza all'estero di almeno uno dei coniugi: in tale ipotesi, la norma consente di rinviare *in toto* la disciplina dei rapporti patrimoniali alla legge dello Stato di cui uno dei coniugi sia cittadino o in cui sia residente, e ciò, da una parte, senza la necessità di osservare la forma dell'atto pubblico, e, dall'altra, senza l'obbligo di *enunciare in modo concreto il contenuto dei patti*.

Nell'ambito dell'art. 161 c.c., dunque, i coniugi, pur stipulando una convenzione che mutua regole o istituti di un ordinamento straniero, restano soggetti all'applicazione della legge italiana; nel caso dell'art. 30, l. n. 218 del 1995, invece, la fonte della regolamentazione è costituita direttamente dalla legge straniera. Conseguentemente, le eventuali modifiche della legge straniera – mentre risulteranno ininfluenti sulla disciplina adottata convenzionalmente dai coniugi ai sensi dell'art. 161 c.c. – produrranno, invece, effetti automatici e diretti sulla regolamentazione dei rapporti patrimoniali tramite accordo ai sensi dell'art. 30, l. n. 218 del 1995.

Le diversità strutturale tra la *convenzione matrimoniale*, da un lato, e la *scelta della legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi ai sensi dell'art. 30, l. n. 218 del 1995*, dall'altro, è confermata dall'art. 69, lett. *b*), ord. st. civ. (d.p.r. n. 396 del 2000), che, con riguardo alle annotazioni a margine dell'atto di matrimonio, menziona distintamente i due predetti atti, riconoscendo così la non riconducibilità ad un medesimo *genus* categoriale.

2. Le convenzioni matrimoniali

La convenzione matrimoniale può essere definita, genericamente, come l'atto con cui i coniugi (o anche un terzo, nel caso del fondo patrimoniale) regolano la situazione patrimoniale della famiglia, derogando, in tutto o in parte, al regime legale della comunione dei beni.

Il codice civile non definisce la "convenzione matrimoniale" e il problema della nozione e dei limiti concettuali è oggetto di dibattito dottrinale.

La figura della convenzione matrimoniale risale al *Code Napoléon*, che attribuiva ai coniugi la facoltà di stipulare *conventions speciales*, che derogassero al regime legale di *communauté*.

Il codice civile del 1865 stabilì che *la società coniugale relativamente ai beni è regolata dalle convenzioni delle parti e dalla legge* (art. 1378), ma limitò la possibilità della loro stipulazione al solo periodo antecedente al matrimonio (art. 1382) e pose la regola dell'immutabilità postnuziale (art. 1385).

Il legislatore del 1942 ammise la stipulazione di convenzioni dopo la celebrazione del matrimonio *nei casi previsti dalla legge* e purché i nuovi accordi non alterassero le convenzioni matrimoniali già stabilite (art. 162 abr.). La costituzione del patrimonio familiare e della dote era ammessa anche durante il matrimonio.

Con la riforma del 1975 scompare definitivamente la regola della prenuzialità delle convenzioni matrimoniali (art. 162, 3° comma, c.c.). Se stipulate prima del matrimonio, l'efficacia delle convenzioni è sospensivamente condizionata alla celebrazione del matrimonio A sua volta, la modificabilità della convenzioni matrimoniali durante il matrimonio è stata riconosciuta senza limiti, in seguito all'abrogazione, con l. 10 aprile 1981, n. 142, della previa autorizzazione giudiziale prevista dall'art. 162 nel testo risultante dalla riforma.

È discusso, in dottrina, se la convenzione matrimoniale debba avere un contenuto esclusivamente programmatico dei rapporti patrimoniali tra coniugi, o possa anche prevedere disposizioni direttamente incidenti sull'appartenenza giuridica di specifici beni. Tale seconda soluzione appare certamente preferibile, come si può evincere dal combinato disposto del 1° e 2° comma dell'art. 210 c.c. (*infra*, III).

Per antica tradizione, risalente al *Code Napoléon*, la convenzione matrimoniale è atto giuridico solenne, che richiede la forma dell'**atto pubblico** sotto pena di nullità (art. 162, 1° comma, c.c.). Soltanto la scelta del regime di separazione dei beni, se compiuta contestualmente alla celebrazione del matrimonio, può essere dichiarata direttamente al celebrante, che provvede ad inserirla nell'atto di matrimonio e a farla specificamente sottoscrivere dagli sposi.

Come è stato lucidamente osservato in dottrina, "la forma solenne è volta ad incentivare l'autoresponsabilità degli sposi, chiamandoli a ponderare – se del caso con l'ausilio delle competenze professionali del notaio – la decisione di addivenire alla stipulazione di un accordo che, oltre a realizzare una deroga al regime legale, è destinato a regolare anche per il futuro i rapporti patrimoniali della famiglia". A vantaggio dei coniugi e dei terzi, inoltre, la redazione per atto pubblico costituisce una garanzia della certezza dell'atto, facilita la prova dell'esistenza e del contenuto della convenzione e ne rende più agevole sia la conoscibilità per i terzi, sia il controllo giudiziale".

I coniugi sono **parti** necessarie dell'accordo, ma – come si dirà – il fondo patrimoniale può essere costituito anche da un terzo, con atto tra vivi (che richiede l'accettazione dei coniugi) o con testamento (*infra*, V).

Norme particolari sono dettate in tema di **capacità di agire**. Infatti, il minore ammesso a contrarre matrimonio – e, quindi, non ancora emancipato – può prestare il consenso per tutte le relative convenzioni matrimoniali, le quali sono valide, però, se egli sia assistito dai genitori eser-

centi la potestà, o dal tutore o del curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 90 c.c. (art. 165 c.c.). A sua volta, l'inabilitato (o colui contro il quale è stato promosso il giudizio di inabilitazione) può stipulare convenzioni matrimoniali con l'assistenza del curatore. Nel caso in cui il curatore non sia stato ancora nominato, si provvede alla nomina di un curatore speciale (art. 166 c.c.). L'assistenza del curatore è richiesta anche per il minore emancipato, che proceda alla conclusione di convenzioni matrimoniali dopo il matrimonio. Purché concluse con l'assistenza dei soggetti indicati dalla legge, le convenzioni matrimoniali possono contenere anche donazioni (art. 774, 1° comma, c.c.). Per gli interdetti (che siano divenuti tali durante il matrimonio) non è prevista alcuna norma speciale: conseguentemente, in applicazione delle regole generali, la stipulazione delle convenzioni matrimoniali spetta, con le autorizzazioni previste dalla legge, al tutore. Se stipulate in violazione delle norme in tema di capacità di agire, le convenzioni matrimoniali sono annullabili su richiesta dell'incapace o del suo rappresentante legale.

Le convenzioni matrimoniali sono sottoposte a **pubblicità**.

In primo luogo, la legge stabilisce che esse non sono opponibili ai terzi se non **annotate a margine dell'atto di matrimonio** (art. 162, 4° comma, c.c.). Nell'annotazione devono essere indicati la data della convenzione, il notaio rogante e le generalità dei contraenti, ovvero la scelta del regime di separazione dei beni compiuta dai coniugi con dichiarazione nell'atto di celebrazione del matrimonio. L'annotazione delle convenzioni matrimoniali e delle relative modificazioni è prevista, altresì, dall'art. 69, lett. *b*), ord. st. civ. (d.p.r. n. 396 del 2000) e deve essere richiesta dal notaio rogante entro trenta giorni dalla data del matrimonio (nel caso di convenzioni prenuziali) o dalla data di stipulazione della convenzione (art. 34 *bis*, disp. att., c.c.). La formalità dell'annotazione – secondo la giurisprudenza – non ammette deroghe o equipollenti e, pertanto, la convenzione non annotata non è opponibile neppure ai terzi che ne abbiano avuto comunque conoscenza.

L'art. 2647 c.c. prevede, inoltre, la **trascrizione**, se hanno per oggetto beni immobili, della costituzione del fondo patrimoniale, delle convenzioni che escludono i beni medesimi dalla comunione tra i coniugi, degli atti e dei provvedimenti di scioglimento della comunione e, infine, degli atti di acquisto di beni personali a norma delle lett. *c*), *d*), *e*) ed *f*) dell'art. 179 c.c., a carico, rispettivamente, dei coniugi titolari del fondo patrimoniale e del coniuge titolare del bene escluso o che cessa di far parte della comunione.

Dottrina e giurisprudenza sono divise, tuttavia, in ordine alla funzione della trascrizione prevista dall'art. 2647 c.c.: secondo la prima, la trascrizione costituisce un requisito integrativo (rispetto all'annotazione della convenzione matrimoniale) ai fini dell'opponibilità ai terzi della convenzione avente ad oggetto beni immobili; la giurisprudenza prevalente, invece, qualifica la previsione concernente la trascrizione alla stregua di una mera pubblicità-notizia.

Le **modifiche delle convenzioni matrimoniali**, anteriori o successive al matrimonio, non hanno effetto se l'atto pubblico non è stipulato col consenso di tutte le persone che sono state parti nelle convenzioni medesime, o dei loro eredi (art. 163, 1° comma, c.c.). Se uno dei coniugi muore dopo aver consentito con atto pubblico alla modifica delle convenzioni, questa produce i suoi effetti se le altre parti esprimono anche successivamente il loro consenso; in tal caso, però, occorre l'omologazione del giudice, che può essere chiesta da tutte le persone che hanno partecipato alla modificazione delle convenzioni o dai loro eredi (art. 163, 2° comma, c.c.). le modifiche convenute e la sentenza di omologazione hanno effetto rispetto ai terzi solo se ne è fatta annotazione in margine all'atto di matrimonio (art. 163, 3° comma, c.c.). Se la modifica ha ad oggetto beni immobili, essa deve essere annotata, altresì, a margine della trascrizione della convenzione matrimoniale (art. 163, 4° comma, c.c.).

Le convenzioni matrimoniali possono essere oggetto di **simulazione** (assoluta o relativa). Affinché la controdichiarazione (in cui consta la simulazione) sia efficace, occorre, tuttavia, che le parti intervenute alla stipulazione della convenzione manifestino per iscritto, contestualmente alla stipulazione stessa e tutte simultaneamente, la loro

volontà difforme da quella espressa nell'atto simulato (art. 164, 2° comma, c.c.). La simulazione può essere provata dalle parti soltanto mediante siffatta controdichiarazione scritta. I terzi, al contrario, possono provare la simulazione con qualsiasi mezzo di prova (art. 164, 1° comma, c.c.), in conformità al principio generale contenuto in tema di simulazione contrattuale (art. 1417 c.c.).

II. LA COMUNIONE LEGALE

1. Nozione di comunione legale e differenze con la comunione ordinaria e con la società

La locuzione "comunione legale" è adoperata comunemente in un duplice significato.

In un senso, che si può definire *statico*, per comunione legale si intende l'insieme dei beni e dei diritti (soltanto *reali*, secondo la giurisprudenza; anche *di credito*, secondo la più autorevole dottrina), che – per effetto degli artt. 177-179 c.c. – vanno a costituire, durante il matrimonio, una **massa patrimoniale, cui si applicano norme speciali, rispetto a quelle proprie del diritto comune**, per quel che concerne l'alienabilità, l'amministrazione, la soggezione patrimoniale, il possesso, ecc. La medesima "massa di beni" è soggetta, poi, alla divisione tra i coniugi in seguito al c.d. *scioglimento* della comunione legale (§ 6).

In un senso, che si può definire, al contrario, *dinamico*, per comunione legale si intende un "regime patrimoniale", cioè un insieme di **regole normative che disciplinano in maniera peculiare i rapporti giuridici dei coniugi, interni ed esterni, durante la vita coniugale**. Tale aspetto *dinamico* della comunione legale è disciplinato gli artt. 180-190 c.c.

Il **confronto tra comunione legale e comunione ordinaria** (artt. 1100-1116 c.c.) deve essere compiuto soltanto dall'angolo visuale del primo dei descritti significati. La comunione ordinaria, infatti, non modifica le norme concernenti i rapporti giuridici né tra i partecipanti né tra costoro e i terzi. Il singolo comproprietario ordinario, ad esempio – a differenza del coniuge in comunione legale (nei limiti che si esamineranno (§ 5) – risponde, per le obbligazioni nei confronti dei terzi, con il bene oggetto dei comunione (nei limiti della quota), senza alcuna possibilità di far valere l'onere del creditore di soddisfarsi preventivamente sui beni oggetto di proprietà individuale

Ma anche nella sua accezione statico-oggettiva, la comunione legale differisce profondamente dalla comunione ordinaria perché, a differenza di quest'ultima, non è una comunione per quote, nel senso che, di regola, ciascun coniuge può esercitare il diritto reale con riferimento all'intero bene, senza il limite previsto dall'art. 1102 c.c. (rispetto della destinazione della cosa e del diritto degli altri partecipanti di fare parimenti uso della cosa).

Nella comunione legale, infatti, la **nozione di** "**quota**" assolve soltanto a due (tassative) funzioni:

a) indicare il limite, entro il quale i beni della comunione legale possono essere escussi dal creditore particolare di uno dei coniugi (art. 189 c.c.);

b) segnare il rapporto proporzionale, cui i coniugi debbono attenersi in sede di divisione (art. 194, 1° comma, c.c.).

In entrambi i casi, la "quota" si riferisce esclusivamente, non al singolo bene, ma all'intera massa di beni oggetto di comunione legale.

Proprio allo scopo di descrivere la netta linea di confine rispetto alla comunione ordinaria, una famosa sentenza della Corte costituzionale (17 marzo 1988, n. 311, est. Mengoni) – recentemente avallata da una significativa pronuncia delle Sezioni Unite (sentenza 24 agosto 2007, n. 17952) – ha definito la comunione legale come "**proprietà solidale**": sintagma che esprime il concetto di concorrenza sul bene di diritti unici e pieni (§ 4.1).

Invero, la difficoltà di trasporre nell'ambito dei diritti reali la categoria della "solidarietà", ha indotto altra parte della dottrina ad escludere che la comunione rientri nel più ampio *genus* della contitolarità di diritti e a configurare l'"ingresso" del bene in comunione legale, per effetto dell'acquisto separato del singolo coniuge, come fattispecie attributiva – non già di una automatica comproprietà – ma di una **mera legittimazione**, in capo al coniuge non acquirente, all'esercizio dei diritti e delle facoltà proprie del *dominus*. La possibilità del coniuge non acquirente di esercitare gli stessi diritti spettanti al "titolare" del diritto deriva, quindi – secondo questa tesi – dalle norme sull'amministrazione (artt. 180-185 c.c.) ed è destinata a cessare – come si dirà (§ 6) – in seguito allo scioglimento della comunione legale. Sempre secondo tale tesi, nel caso di acquisto congiunto del bene la disciplina della comunione legale verrebbe a sovrapporsi e a prevalere su quella della comunione ordinaria, la quale ultima troverebbe esclusiva applicazione soltanto in seguito, ancora una volta, allo scioglimento della comunione legale.

La comunione legale – a differenza della **società** (art. 2247 c.c.) – non è un soggetto giuridico e dispone di un'autonomia patrimoniale assai più limitata (come si vedrà dall'analisi degli artt. 186-190 c.c.).

2. L'oggetto della comunione legale

Il legislatore del 1975 ha scelto il modello della comunione *degli acquisti*. La comunione legale non è, quindi, una comunione *universale*, poiché non comprende *tutti i beni* di ciascun coniuge, ma prevede, da un lato, un'esplicita riserva di beni *personali* e, dall'altro, talune categorie di beni che trovano ingresso nel patrimonio coniugale soltanto per effetto dello scioglimento.

I beni, che compongono il patrimonio del coniuge in comunione legale, possono essere suddivisi, pertanto, in tre categorie:

1) beni oggetto di comunione legale *immediata* [art. 177, 1° comma, lett. *a*) e *d*); art. 177, 2° comma, c.c.];

2) beni, che cadono in comunione legale *de residuo*, al momento cioè dello scioglimento della comunione stessa [art. 177, lett. *b*) e *c*); art. 178 c.c.];

3) beni *personali* (art. 179 c.c.).

2.1. *A*) Gli acquisti compiuti dai coniugi congiuntamente o separatamente

Ai sensi dell'art. 177, lett. *a*), c.c., costituiscono oggetto della comunione legale gli **acquisti compiuti da due coniugi insieme o separatamente** durante il matrimonio, esclusi quelli relativi ai beni personali.

La norma pone una regola generale, secondo la quale – a prescindere dal coniuge che, in concreto abbia proceduto a compiere l'acquisto – l'oggetto dell'acquisto cade in comunione legale *immediatamente* e *automaticamente*.

Non v'è dubbio che la norma *plus dixit quam voluit*, allorché comprende nella comunione legale gli acquisti congiunti o separati compiuti "durante il matrimonio": è possibile, infatti, che il regime di comunione legale non coincida con l'intera vita matrimoniale, potendo esso essere sostituito o introdotto convenzionalmente dai coniugi. La norma deve essere letta, quindi, con riferimento agli acquisti compiuti dai coniugi, insieme o separatamente, durante il regime di comunione legale.

Se, quindi, il signor Bianchi, vigente il regime di comunione legale con la propria moglie, acquista un appartamento, il bene immobile entra *automaticamente* in comunione legale, senza che occorra:

— la conoscenza del regime di comunione legale in capo al venditore;
— il consenso dell'altro coniuge;
— la trascrizione dell'acquisto in favore dell'altro coniuge.

Con riguardo al profilo della **pubblicità**, infatti, la giurisprudenza afferma che i soggetti della trascrizione non possono che essere le parti dell'atto da trascrivere. Pertanto, in caso di acquisto effettuato da un solo coniuge, l'atto deve essere trascritto solo a favore di lui, posto che l'altro coniuge, estraneo all'atto, è mero destinatario degli effetti legali dell'acquisto individuale, ma non è parte del contratto da trascrivere.

Con riguardo agli acquisti compiuti dai coniugi e oggetto di comunione legale immediata, sono sorte, in dottrina e giurisprudenza, le seguenti problematiche.

1) In primo luogo, si discute se nella nozione di "acquisti" siano compresi, oltre a quelli a titolo derivativo, anche gli **acquisti a titolo originario**.

La lettera della norma – che si riferisce, in generale, agli acquisti "compiuti", escludendo espressamente soltanto quelli relativi ai beni personali – induce a preferire la soluzione favorevole.

La giurisprudenza – che pure comprende nella comunione legale gli acquisti per usucapione (Cass., 18 luglio 2008, n. 19984) – ha affermato, tuttavia, che gli acquisti per accessione (art. 934 c.c.) appartengono soltanto al coniuge proprietario del suolo (per averlo acquistato prima del matrimonio) su cui la costruzione viene realizzata. L'accessione, infatti – secondo la tesi accolta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass., 27 gennaio 1996, n. 651) – non configurerebbe una fattispecie di vero e proprio "acquisto", ma consisterebbe nella mera "espansione" del diritto del proprietario del fondo.

2) Altra questione controversa concerne l'estensione della previsione normativa dell'art. 177, lett. *a*), c.c., anche ai **diritti di credito**, ovvero la sua limitazione ai soli acquisti di diritti reali.

Secondo l'interpretazione restrittiva, l'inclusione dei diritti di credito nella comunione legale non è compatibile col carattere strumentale e personale di questi diritti, aventi ad oggetto il *comportamento* del debitore, che è solo uno strumento per conseguire un vero e proprio "acquisto". In applicazione di tale assunto, ad esempio, si nega al coniuge, che non sia parte del contratto preliminare di acquisto stipulato individualmente dall'altro coniuge, la legittimazione ad agire nei confronti del promittente-venditore per l'esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.).

In senso contrario, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la qualificazione dei diritti di credito in termini di mere posizioni strumentali all'acquisizione di effettivi incrementi patrimoniali risulti eccessivamente restrittiva e non tenga conto dell'evoluzione della moderna economia, nella quale sono presenti diritti di credito (titoli di Stato, titoli obbligazionari, ecc.), che rappresentano forme di investimento alternative e, in taluni casi, maggiormente redditizie rispetto all'acquisto di beni mobili o immobili (Cass., 9 ottobre 2007, n. 21098). Inoltre, il carattere relativo del credito non è incompatibile né con la contitolarità del relativo diritto, né con la possibilità della sua acquisizione *ex lege* da parte del coniuge in comunione legale (come è dimostrato dalle ipotesi di trasferimento *ex lege*, riscontrabili, ad esempio, nella surrogazione *ex* art. 1203 c.c.). Resta ferma, invece, la difficoltà di configurare la comunione immediata di diritti di credito meramente strumentali alla successiva acquisizione di diritti reali, come il diritto alla conclusione del contratto definitivo derivante dalla stipulazione di un contratto preliminare (Cass., 24 gennaio 2008, n. 1548).

2.2. *B*) L'azienda coniugale

L'art. 177, lett. *d*), c.c., contiene la previsione – apparentemente estensiva dell'oggetto della comunione legale – secondo la quale *costituiscono oggetto della comunione legale...le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio.*

L'appartenenza alla comunione legale è subordinata, quindi, a due presupposti:
— la costituzione del complesso aziendale *dopo l'instaurazione del regime di comunione legale*;
— la gestione dell'impresa da parte dei *entrambi* i coniugi.

Nel caso in cui manchi uno dei due requisiti, l'azienda non è oggetto di comunione legale *immediata* e la fattispecie è regolata diversamente a seconda della combinazione dei requisisti stessi:

1) **Se l'azienda è stata costituita *prima* del matrimonio (*rectius*, del regime di comunione legale) e, durante la comunione legale, è gestita *separatamente* dal solo coniuge che l'ha costituita**:
— la titolarità dell'azienda resta in capo al coniuge che l'ha costituita [ai sensi dell'art. 179, lett. *a*), c.c.];
— gli utili e gli incrementi cadono in comunione legale soltanto *de residuo* (art. 178 c.c.).

2) Se si tratta di **azienda costituita *prima* del regime di comunione legale, ma *gestita in comune* dai coniugi**:
— l'azienda – come nel caso precedente – resta di proprietà del coniuge che l'ha costituita (art. 179, lett. *a*, c.c.);
— la gestione comune fa sì, invece, che gli utili e gli incrementi cadano *immediatamente* in comunione legale (così come espressamente previsto dall'art. 177, 2° comma, c.c.).

3) Più complessa è l'ipotesi dell'**azienda costituita *durante la comunione legale*, ma gestita da uno solo dei coniugi *separatamente***. In tal caso, infatti, occorre distinguere a seconda che i beni utilizzati per la costituzione del complesso aziendale siano personali di uno dei due coniugi o appartengano ad entrambi in comunione (legale o ordinaria).

a) Se l'azienda è costituita con *beni comuni*:
— i beni dell'azienda stessa restano in comunione (legale, se si tratti di beni acquistati durante la comunione legale; ordinaria, se si tratti di beni acquistati congiuntamente dai coniugi prima della comunione legale), salvo il diritto del coniuge non imprenditore ad ottenere una remunerazione per l'utilizzazione dei beni comuni da parte del coniuge-imprenditore;
— gli utili e gli incrementi appartengono al coniuge-imprenditore (colui che gestisce separatamente l'azienda) e cadranno in comunione legale soltanto *se sussistono al momento dello scioglimento di questa* (art. 178 c.c.).

b) Se l'azienda è costituita con *beni personali* di uno dei coniugi:
— i beni restano nella titolarità del coniuge che ne è proprietario (salvo il diritto ad una remunerazione per l'uso di essi, qualora il coniuge-imprenditore sia diverso dal coniuge-proprietario);
— come nell'ipotesi precedente, gli utili e gli incrementi appartengono al coniuge-imprenditore (colui che gestisce separatamente l'azienda) e cadranno in comunione legale soltanto *se sussistono al momento dello scioglimento di questa* (art. 178 c.c.).

c) Se, infine, l'azienda è costituita con beni acquistati separatamente dal coniuge-imprenditore, in tal caso, *in deroga all'art. 177, lett. a), c.c.*, i beni acquistati – al pari degli utili e degli incrementi – sono di proprietà esclusiva del coniuge-imprenditore e cadono in comunione legale soltanto *se sussistono al momento dello scioglimento di questa* (art. 178 c.c.).

Proprio alla luce di tale ultima previsione, si comprende come l'art. 177, lett. *d*), c.c., contenga una norma che restringe, rispetto alla regola generale contenuta nella lettera *a*, l'oggetto della comunione, perché subordina l'ingresso in comunione legale dei beni acquistati per la costituzione di un complesso aziendale al requisito che tale complesso sia gestito *da entrambi i coniugi*.

La *ratio* della norma risiede nell'esigenza di dare attuazione al principio costituzionale dell'iniziativa economica privata, garantendo al coniuge-imprenditore la necessaria autonomia nello svolgimento dell'attività intrapresa, con riguardo alla gestione, riparazione, eventuale alienazione o permuta dei beni strumentali all'esercizio dell'impresa.

È discussa la ***qualificazione* del rapporto giuridico tra i coniugi** che gestiscano congiuntamente l'azienda oggetto di comunione legale.

Secondo un primo orientamento, all'azienda coniugale si applica l'intera disciplina della comunione legale, comprese le norme concernenti l'amministrazione (artt. 180-184 c.c.) e la responsabilità per le obbligazioni (artt. 186 e 190 c.c.).

Secondo una diversa opinione, le norme degli artt. 177-178 c.c. si limiterebbero a disciplinare il solo aspetto della *appartenenza* dell'azienda; viceversa, con riguardo alla *gestione*, si applicherebbero – nel silenzio della legge – le norme di diritto comune e, in particolare, le norme del Libro V del codice civile riguardanti le società (con la conseguenza di dover applicare, per quel che concerne l'amministrazione, le norme degli artt. 2257-2258 c.c., e, in tema di responsabilità verso i terzi, gli artt. 2267-2268 c.c. o, in caso di attività commerciale, l'art. 2304 c.c.).

2.3. *C*) Le partecipazioni sociali

Trasversale rispetto alle problematiche concernenti il possibile ingresso in comunione legale dei diritti di credito ovvero circa le modalità di svolgimento dell'attività imprenditoriale, si pone la questione del rapporto tra oggetto della comunione legale e partecipazioni societarie dei coniugi. Le opinioni dottrinali sono assai diverse e la giurisprudenza non è pervenuta a soluzioni univoche e coerenti con un chiaro principio ispiratore.

La dottrina maggioritaria – seguita dalla giurisprudenza prevalente – ha accolto un criterio fondato sulla "natura della responsabilità" derivante dall'assunzione della qualifica di socio, affermando l'ingresso in comunione immediata delle partecipazioni in s.p.a. o in s.r.l. (e, in genere, di tutte le partecipazioni che comportino una responsabilità patrimoniale limitata alla sola quota sociale: ad esempio, la quota del socio accomandante nelle società in accomandita) e la caduta in comunione *de residuo* delle quote comportanti responsabilità illimitata, in quanto espressive queste ultime dell'esercizio di un'attività imprenditoriale da parte del coniuge-socio.

Pluralità di opinioni si riscontra, tuttavia, con riguardo alla giustificazione della caduta in comunione delle partecipazioni societarie (a responsabilità limitata) rispetto alla nozione di "acquisti" di cui all'art. 177, lett. *a*), c.c. Se, ad avviso di alcuni, la partecipazione a una società di capitali costituisce una *res* oggetto di diritti reali, la medesima soluzione è stata accolta, altresì, nella prospettiva favorevole a includere i diritti di credito nell'oggetto immediato della comunione legale.

L'inidoneità del criterio della responsabilità patrimoniale a cogliere la varietà delle dinamiche imprenditoriali è stata opportunamente sottolineata da coloro che hanno osservato che l'esercizio di un'attività d'impresa può compiersi, nel caso concreto, anche attraverso la partecipazione sociale che implichi una responsabilità limitata dal punto di vista patrimoniale. L'elemento fondamentale per determinare la caduta in comunione della partecipazione societaria è – secondo questa tesi – quello della "destinazione all'esercizio dell'impresa" (art. 178 c.c.), che postula necessariamente un accertamento in concreto. Se è vero, quindi, che le partecipazioni in società di persone (con l'eccezione della quota del socio accomandante di s.a.s.) rientrano in comunione *de residuo* in virtù dei poteri amministrativi e di gestione che attribuiscono *ipso iure* al loro titolare, per le partecipazioni in società di capitali, normalmente oggetto di comunione legale, occorrerà indagare i poteri attribuiti al socio e le cariche dal medesimo rivestite, onde ritenere la caduta in comunione differita allorché si possa sostenere che la partecipazione è "destinata" all'esercizio di un'attività di impresa.

Controversa è, altresì, la questione della natura personale o comune delle partecipazioni in società cooperative, con particolare riferimento alle cooperative costituite per favorire l'acquisto di determinati beni (ad esempio, le cooperative edilizie). La tesi tradizionale e maggioritaria tende a distinguere tra la partecipazione societaria e il bene successivamente conseguito: mentre la prima appartiene esclusivamente al coniuge-

socio (il quale, dunque, è l'unico soggetto passivo delle obbligazioni connesse alla partecipazione sociale), l'utilità finale ottenuta con il conseguimento delle scopo sociale (nelle cooperative edilizie, il bene immobile risultato all'esito dell'edificazione e del trasferimento delle unità immobiliari ai singoli soci) costituisce un acquisto soggetto all'acquisizione automatica *ex* art. 177, lett. *a*), c.c. In questa prospettiva, per determinare il *quando* dell'ingresso del bene in comunione legale, occorrerebbe verificare il momento della stipulazione, da parte del socio, del contratto di mutuo individuale, poiché soltanto con la stipulazione di detto contratto il socio acquista irrevocabilmente la proprietà dell'alloggio.

Anche su tale problematica, tuttavia, la dottrina più moderna ha espresso puntuali critiche, ritenendo formalistica la distinzione tra la titolarità della partecipazione e l'attribuzione del bene. Dal momento che la partecipazione societaria è assunta dal coniuge in funzione dell'ottenimento del bene (e non certo per l'esercizio di un'attività d'impresa), non v'è ragione per non includere la partecipazione stessa nella comunione immediata dei beni.

Anche a voler ritenere – come appare preferibile – che le partecipazioni sociali che non siano destinate all'esercizio di attività d'impresa ricadono nella comunione legale immediata, resta fermo che, affinché il coniuge di colui che abbia acquisito la partecipazione possa esercitare i diritti sociali, occorre richiedere e ottenere dagli organi amministrativi della società l'iscrizione nel libro dei soci.

2.4. *D*) La comunione *de residuo*

La c.d. comunione *de residuo* comprende quei beni che, durante la vigenza del regime di comunione, sono nella titolarità e nella disponibilità esclusiva del coniuge che li ha acquistati, ma che, in seguito allo scioglimento, entrano a comporre la complessiva massa patrimoniale che sarà oggetto di divisione tra i coniugi.

Oltre alle ipotesi dei beni acquistati per la costituzione di un'azienda gestita separatamente e dei relativi utili e degli incrementi dell'azienda (art. 178 c.c., § 2.2), sono oggetto di comunione legale *de residuo*:

— i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione [art. 177, lett. *b*), c.c.];

— i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati [art. 177, lett. *c*), c.c.].

Per entrare in comunione legale, quindi, i frutti dei beni personali, che non siano stati "consumati", devono essere stati, al momento dello scioglimento, già *percepiti*. Ciò comporta che, se si tratti di frutti naturali, essi siano stati "separati" al momento dello scioglimento (art. 821, 1° comma, c.c.), e, se si tratti di frutti civili, che essi siano già "maturati" all'atto dello scioglimento, a prescindere dall'effettivo pagamento da parte del debitore (art. 821, 3° comma, c.c.).

Con riguardo ai proventi, la legge non richiede che essi siano "percepiti" al momento dello scioglimento; conseguentemente, non v'è dubbio che, anche in difetto di corresponsione, tutte le somme dovute per l'attività separata, svolta dal coniuge durante il regime di comunione, cadano in comunione stessa all'atto dello scioglimento e debbano essere, pertanto, computate nella formazione della massa patrimoniale da dividere.

Frutti e proventi sono rimessi, quindi, durante la comunione legale alla libera disponibilità del singolo coniuge, il quale – salvo il rispetto degli obblighi di contribuzione ai bisogni della famiglia (art. 143 c.c.) – può impiegarli nelle forme che preferisce. In concreto, sono ipotizzabili tre tipi di impiego, che conducono a differenti conseguenze sul piano patrimoniale.

1) In primo luogo, il coniuge può *consumare* i frutti e i proventi (ad esempio, spendendo in attività ricreative, viaggi, donazioni, beneficenza, ecc.); in tal caso, l'altro coniuge non potrà pretendere alcunché dopo lo scioglimento, posto che – come indica chiaramente la norma – nessun incremento potrà realizzarsi in favore della massa oggetto di comunione legale.

2) Il coniuge può impiegare i frutti e i proventi nell'acquisto di beni: in tal caso, i beni acquistati divengono oggetto di comunione legale immediata, *ex* art. 177, lett. *a*, c.c. [salvo che i beni acquistati debbano ritenersi personali, ai sensi dell'art. 179, lett. *c*) e *d*), c.c.].

3) Il coniuge, infine, può accantonare frutti e proventi sotto forma di risparmio (depositandoli, ad esempio, sul proprio conto corrente): è questa l'ipotesi in cui, non essendo stati né consumati né impiegati in acquisti, i frutti e i proventi cadono in comunione in seguito allo scioglimento.

3. I beni personali

Il regime di comunione legale non preclude a ciascun coniuge di essere titolare esclusivo di taluni beni. L'art. 179 c.c. menziona le seguenti sei categorie di beni personali.

a) *I beni di cui, prima del matrimonio, il coniuge era proprietario o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento* [art. 179, lett. *a*), c.c.].

La previsione normativa deve essere riferita anche ai beni che, durante il matrimonio, siano stati acquistati in regime di separazione dei beni (si pensi ai coniugi che, dopo avere optato all'atto del matrimonio per il regime di separazione, siano passati alla comunione legale mediante convenzione matrimoniale).

Parimenti, sono esclusi della comunione legale i beni acquistati dai coniugi dopo lo scioglimento della comunione, ma antecedentemente al suo ripristino (come, ad esempio, nel caso di separazione personale tra i coniugi e successiva riconciliazione: i beni acquistati tra il momento della separazione e quello della riconciliazione sono esclusi dalla comunione legale; v. § 6.3).

Tutti i predetti beni sono esclusi dalla comunione legale anche nel caso in cui siano stati acquistati dai coniugi congiuntamente e siano, pertanto, oggetto di comunione ordinaria tra loro ai sensi degli artt. 1100 ss. c.c. (si pensi ai fidanzati che, prima del matrimonio, acquistino insieme l'immobile da destinare a casa familiare dopo le nozze).

b) *I beni acquisiti successivamente al matrimonio per effetto di donazione o successione, quando nell'atto di liberalità o nel testamento non è specificato che essi sono attribuiti alla comunione*.

Tenuto conto del peculiare *intuitus personae*, che caratterizza la donazione e il testamento, il legislatore ha ritenuto di escludere che gli effetti di tali atti si estendano al coniuge del beneficiario, rimettendo all'espressa volontà rispettivamente del donante o del testatore l'attribuzione del bene alla comunione legale.

Così come ritenuto anche dalla giurisprudenza, le donazioni sono escluse dalla comunione legale quand'anche si tratti di donazioni indirette o dissimulate.

c) *I beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge ed i loro accessori*.

Si tratta dei beni destinati a soddisfare le esigenze soltanto di uno dei coniugi, per loro natura o a causa delle peculiari inclinazioni dei coniugi. Vi rientrano, ad esempio, i capi di abbigliamento (anche di elevato valore economico, come le pellicce, lo *smoking*, ecc.), gli strumenti per l'attività sportiva (racchetta da tennis, sci, ecc.) o ricreativa (collezioni, libri, ecc.), gli oggetti correttivi di difetti fisici (occhiali, apparecchio acustico, ecc.). Può trattarsi anche di beni immo-

bili o mobili registrati, ma, in tal caso – come si dirà nel prosieguo del paragrafo – occorre il riconoscimento della natura personale dell'acquisto da parte dell'altro coniuge, ai sensi dell'art. 179, 2° comma, c.c.

d) I beni che servono all'esercizio della professione del coniuge, tranne quelli destinati alla conduzione di un'azienda facente parte della comunione legale.

La nozione di "professione" deve essere interpretata estensivamente. La norma non si riferisce, quindi, soltanto alle professioni liberali, ma a qualsiasi attività lavorativa e imprenditoriale, con l'unica esclusione dei beni strumentali alla gestione comune dell'azienda costituita dopo il matrimonio [come afferma espressamente la norma, con una disposizione che si collega a quella dell'art. 177, lett. *d*), c.c.].

I beni delle lett. *c*) e *d*) sono personali qualunque sia la provenienza del denaro utilizzato per l'acquisto. Può trattarsi, infatti, di:

— denaro proveniente dall'attività lavorativa del coniuge (essendo esso – come si è detto (§ 2.4) liberamente utilizzabile);

— denaro proveniente dalla comunione legale (come, ad esempio, nel caso di utilizzo del denaro proveniente dall'alienazione di un bene della comunione); nel qual caso, il denaro deve essere oggetto di rimborso in favore della comunione legale (art. 192, 1° comma, c.c.).

e) I beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno nonché la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa.

La norma si riferisce a quei beni (di solito, si tratta di denaro), che sono attribuiti al coniuge che abbia subito un danno al patrimonio personale (danneggiamento o distruzione di beni personali) o alla sua stessa persona (lesione della salute, turbamenti morali, pregiudizio all'onore, alla reputazione, alla tutela dei dati personali, ecc.). Le somme ottenute, invece, come risarcimento del danno subito da beni oggetto di comunione legale, fanno parte della comunione stessa.

f) I beni acquistati con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto.

Con tale previsione, il legislatore ha inteso evitare che la circolazione dei beni personali fosse ostacolata o limitata dal timore dei coniugi che il reinvestimento dei proventi della loro alienazione divenisse automaticamente oggetto di comunione legale.

Se, ad esempio, il signor Rossi ha ereditato dal padre taluni titoli azionari, i diversi titoli, acquistati permutando i precedenti o utilizzando i denari provenienti dalla loro alienazione, restano beni personali, purché il coniuge renda la **dichiarazione** che l'acquisto è avvenuto proprio mediante un siffatto reinvestimento.

Si è discusso, tra gli interpreti, a proposito della **forma**, con cui il coniuge debba dichiarare la provenienza personale del bene o del denaro impiegato per l'acquisto. Secondo una prima opinione, la dichiarazione può essere resa anche oralmente. Secondo altra tesi, la dichiarazione dovrebbe essere scritta (come si desumerebbe dall'art. 197 c.c., che, in sede di divisione dei beni, consente di opporre ai terzi la proprietà individuale dei beni mobili *qualora risulti da atto avente data certa*).

La dottrina prevalente interpreta la norma nel senso che la dichiarazione costituisca un **requisito *necessario*, ma *non sufficiente***, per far valere la natura personale del bene acquistato:

— *necessario*, poiché la sua mancanza farebbe entrare immediatamente il bene acquistato in comunione legale (e nessun effetto produrrebbe un'eventuale dichiarazione successiva all'atto dell'acquisto);

— *non sufficiente*, giacché l'altro coniuge – nonostante la dichiarazione resa dal coniuge acquirente – potrebbe comunque dimostrare che l'acquisto non è avvenuto con lo scambio o il prezzo di beni personali.

La Suprema Corte (sent. 18 agosto 1994, n. 7437; sent. 25 settembre 2008, n. 24061) ha

accolto la diversa soluzione, secondo la quale la dichiarazione ha il **mero scopo di rendere conoscibile ai terzi e all'altro coniuge la provenienza del denaro o del bene utilizzato per l'acquisto**. Ciascun coniuge, infatti, può avere la disponibilità di denaro o beni tanto *personali* quanto derivanti *aliunde* (ad esempio, denari della comunione legale, proventi della propria attività lavorativa, ecc.). In tal caso, oggetto del reinvestimento possono essere tanto i beni personali quanto quelli "non personali", ed è perciò che si rende necessaria la dichiarazione che renda noto se oggetto di impiego siano i primi o i secondi. L'altro coniuge potrà verificare tale dichiarazione e contestarne, eventualmente, la veridicità. Allo stesso modo, i terzi (ad esempio, creditori di uno dei coniugi o della comunione legale) potranno tenere conto della dichiarazione, senza essere costretti a ricostruire, per ciascun acquisto, la provenienza personale o comunitaria del denaro o dei beni permutati. Quando, però, tale duplicità di provenienza non sussiste, in quanto non si può ragionevolmente dubitare della provenienza assolutamente personale del denaro o del bene scambiato, allora la dichiarazione del coniuge acquirente è del tutto superflua e la sua omissione non comporta l'inclusione del bene acquistato nell'ambito della comunione legale. Secondo la Corte di Cassazione, pertanto, la mancanza della dichiarazione attestante la natura personale del denaro o del bene scambiato non può mai assumere un significato indirettamente traslativo in favore della comunione legale, ma lascia libera ciascuna parte di dimostrare, rispettivamente, la natura personale o comunitaria dell'acquisto.

Osserva ancora la Suprema Corte che è vero che la legge non vieta al coniuge di far passare, al momento del reinvestimento, i beni personali in comunione legale, ma per conseguire tale obiettivo il coniuge acquirente non ha altro che da consentire la cointestazione del bene anche all'altro coniuge, mezzo questo molto più chiaro e consapevole rispetto a quello consistente semplicemente nell'omettere la dichiarazione di cui alla lett. *f*) dell'art. 179 c.c., ben potendo tale omissione essere dovuta a pura dimenticanza o, comunque, a fattori estranei alla volontà di mettere in comunione anche beni che, invece, si avrebbe il diritto di conservare come personali.

L'art. 179, 2° comma, c.c., stabilisce che *l'acquisto di beni immobili, o di beni mobili elencati nell'art. 2683 c.c., effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione, ai sensi delle lett. c), d) ed f) del precedente comma, quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge*.

La norma si pone, quindi, in rapporto di specialità rispetto alle lett. *c*), *d*) ed *f*) del 1° comma, in relazione alla natura dei beni oggetto dell'acquisto: se il coniuge acquista un bene immobile o mobile registrato, l'esclusione dalla comunione legale è subordinata ad un "riconoscimento" compiuto dal coniuge non acquirente, che partecipi all'acquisto stesso.

Anche siffatta (non semplice) previsione normativa non ha mancato di suscitare contrasti in dottrina e in giurisprudenza, soltanto di recente parzialmente sopiti grazie all'intervento delle Sezioni Unite (sent. 28 ottobre 2009, n. 22755).

1) Viene in rilievo, in primo luogo, il problema delle conseguenze della mancanza della dichiarazione ricognitiva da parte del coniuge non acquirente. Sul punto, le Sezioni Unite – muovendo in una direzione interpretativa opposta a quella affermatasi con riguardo alla dichirazione prevista dall'art. 179, 1° comma, lett. *f*), c.c. – hanno sancito che l'intervento adesivo del coniuge non acquirente è condizione «necessaria» dell'esclusione dalla comunione del bene acquistato dall'altro coniuge.

2) Quando, però, la dichiarazione sia presente, si tratta di stabilire se il coniuge che l'ha resa possa revocarla o provarne la sua mendacità.

Una nota e discussa sentenza della Corte di Cassazione (2 giugno 1989, n. 2688) aveva ritenuto ammissibile il c.d. "rifiuto al coacquisto", cioè l'intervento all'atto da parte del coniuge non acquirente, allo scopo di manifestare la propria volontà contraria all'acquisto, con l'effetto che il bene, piuttosto che entrare a far parte della comunione legale, viene a costituire un bene personale del coniuge acquirente (oltre le ipotesi – che sarebbero, quindi, non tassative – dell'art. 179 c.c.).

Ad esempio, nel caso in cui la signora Rossi decida di acquistare un bene, il marito potrebbe intervenire all'atto di acquisto e dichiarare di rifiutare l'ingresso del bene in comunione legale; ingresso che, altrimenti, si produrrebbe *ex lege*.

Secondo la predetta sentenza, infatti, *"nessuno può essere costretto, contro la sua volontà, ad acquisire un bene o la sua comproprietà ed il fatto che il coniuge abbia accettato o prescelto il regime della comunione legale non comporta che non possa rinunciare alla quota che gli spetterebbe su un determinato bene di cui l'altro coniuge voglia procurarsi l'acquisto separatamente"*.

I corollari della descritta ricostruzione giuridica possono essere così sintetizzate:

1) la dichiarazione del coniuge di "rifiuto al coacquisto" ha valore negoziale: di conseguenza, essa non può essere revocata, ma può essere annullata per errore, violenza o dolo e di essa può essere accertata la simulazione;

2) avverso il rifiuto al coacquisto, i creditori della comunione ed i creditori particolari del coniuge che ha rifiutato l'acquisto possono esperire l'azione revocatoria (art. 2901 c.c.), assumendo e dimostrando che la non inclusione del bene nella comunione legale è stata compiuta dal coniuge rifiutante con pregiudizio dei creditori della comunione legale o dei propri creditori personali.

La dottrina prevalente e la successiva giurisprudenza hanno espresso netto dissenso rispetto alla tesi esposta. Il c.d. rifiuto al coacquisto priverebbe il regime di comunione legale della sua valenza normativa generale, consentendo ai coniugi di derogare, caso per caso, all'art. 177, lett. *a*), c.c., senza bisogno di ricorrere allo strumento tipico della convenzione matrimoniale.

La giurisprudenza successiva (Cass., 19 febbraio 2000, n. 1917; Cass., 6 marzo 2008, n. 6120), pertanto, aveva attribuito alla dichiarazione del coniuge non acquirente carattere ricognitivo (e non negoziale), fino ad essere qualificata alla stregua di una "confessione" che, dal coniuge che l'ha resa, può essere revocata soltanto per errore di fatto o per violenza.

Chiamate a comporre il contrasto, le Sezioni Unite (sent. 28 ottobre 2009, n. 22755) hanno sancito la natura ricognitiva della partecipazione del coniuge non acquirente, ma hanno precisato che la dichiarazione ha portata confessoria soltanto con riferimento al 1° comma, lett. *f*), perché soltanto in tal caso risulta descrittiva di una situazione di fatto (la provenienza personale del denaro o del bene utilizzato per l'acquisto). Al contrario, quando la natura personale dell'acquisto dipenda dalla destinazione del bene ad uso strettamente personale (lett. *c*) o ad uso professionale (lett. *d*), la dichiarazione dell'altro coniuge può essere solo espressiva di una "manifestazione di intenti".

Deriva da ciò che il coniuge non acquirente può successivamente proporre domanda di accertamento della comunione legale anche rispetto a beni che siano stati acquistati come personali dall'altro coniuge. Tuttavia, se l'intervento adesivo *ex* art. 179, 2° comma c.c., assunse il significato di riconoscimento dei già esistenti presupposti di fatto dell'esclusione del bene dalla comunione (lett. *f*), l'azione di accertamento presuppone la revoca di quella confessione stragiudiziale, nei limiti in cui è ammessa dall'art. 2732 c.c. (errore di fatto o dolo); se, invece, l'intervento adesivo è consistito in una mera manifestazione dei comuni intenti dei coniugi circa la futura destinazione del bene, occorrerà accertare quale destinazione il bene abbia effettivamente avuto e affermarne l'appartenenza alla comunione legale nel caso in cui, indipendentemente da ogni indagine sulla sincerità degli intenti a suo tempo manifestati, alla dichiarazione non abbia fatto seguito l'utilizzo strettamente personale o professionale del bene.

Qualora risulti l'omessa destinazione personale, sorge il problema dell'opponibilità al terzo acquirente in buona fede del sopravvenuto accertamento della comunione legale sul bene, che il coniuge titolare apparente esclusivo abbia alienato. Sulla base di un discutibile applicazione

analogica dell'art. 1445 c.c., la Corte di Cassazione ha riconosciuto che il diritto del terzo è fatto salvo sul presupposto (presunto) della sua buona fede al momento dell'acquisto, intesa come ignoranza in ordine al difetto del requisito oggettivo della natura personale dell'acquisto.

4. L'amministrazione

I beni che costituiscono l'oggetto della comunione legale si differenziano dai beni personali di ciascun coniuge – per i quali l'art. 185 c.c. si limita a richiamare l'applicabilità delle norme del regime di separazione dei beni (art. 185 c.c.) – sotto il duplice profilo delle *regole*, che presiedono alla loro amministrazione, e dei *limiti* entro i quali essi rispondono delle obbligazioni contratte dai coniugi, congiuntamente o separatamente, nell'interesse della famiglia ovvero per il conseguimento di scopi esclusivamente individuali.

Il legislatore ha stabilito regole operative differenti a seconda che l'atto di amministrazione dei beni in comunione sia di **ordinaria o straordinaria amministrazione**. Nel primo caso, infatti, l'amministrazione e la rappresentanza in giudizio spettano *disgiuntamente* ad entrambi i coniugi (art. 180, 1° comma, c.c.); gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, nonché la stipula dei contratti relativi a diritti personali di godimento, al contrario, devono essere compiuti dai coniugi *congiuntamente* (art. 180, 2° comma, c.c.).

Come criterio per distinguere tra atto di ordinaria e straordinaria amministrazione, occorre assumere quello dell'***essenzialità dell'affare*** in relazione alle esigenze dell'economia e della vita familiare. Sono, pertanto, di *ordinaria amministrazione* gli atti compiuti per la conservazione, la manutenzione e il recupero dei beni della comunione o per soddisfare le normali esigenze della vita familiare. Sono, invece, di *straordinaria amministrazione* gli atti di rilevante importanza economica, potenzialmente in grado di alterare l'integrità del patrimonio. In giurisprudenza, sono stati ritenuti atti di straordinaria amministrazione, ad esempio, la promessa di vendita di bene immobile, la riscossione dell'indennità di espropriazione di un fondo comune ed il conferimento di un immobile in società.

Per quel che concerne la stipula dei **contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento**, la norma ha suscitato non trascurabili problemi di interpretazione e coordinamento sistematico, considerato che, da una parte, il legislatore non aveva mai, prima della riforma del diritto di famiglia, qualificato atti di tal genere come di straordinaria amministrazione, e, dall'altra, che una diversa norma del codice civile definisce di straordinaria amministrazione la stipulazione delle sole locazioni ultranovennali (art. 1572 c.c.).

L'esame dei lavori preparatori e delle precedenti versioni del progetto di legge evidenzia la chiara volontà del legislatore di riservare, in particolare, al consenso di entrambi i coniugi gli atti riguardanti la **residenza familiare** e ciò consente di ridimensionare l'apparente ambito di operatività della norma, posto che appare assurdo pretendere il consenso di entrambi i coniugi per la stipulazione di qualunque contratto di locazione, comodato o noleggio, relativo anche a beni mobili di modesto valore. Occorre, pertanto, prendere atto che il legislatore, in tal caso, *plus dixit quam voluit* e limitare, conseguentemente, la previsione normativa ai soli diritti personali di godimento relativi a beni immobili.

Il sistema di amministrazione "congiunta" per gli atti di straordinaria amministrazione e per la concessione ed acquisto dei diritti personali di godimento pone l'inesorabile problema della **soluzione dei conflitti tra coniugi** in ordine all'opportunità o necessità di determinati atti. Ripudiando ogni superata previsione di prevalenza della volontà del marito su quella della moglie, il legislatore della riforma del 1975 ha demandato al

prudente apprezzamento del giudice la valutazione della legittimità o illegittimità del rifiuto del coniuge di partecipare al compimento dell'atto, prevedendo, di conseguenza, che, che *se uno dei coniugi rifiuta il consenso per la stipulazione di un atto di straordinaria amministrazione o per gli altri atti per cui il consenso è richiesto, l'altro coniuge può rivolgersi al giudice per ottenere l'autorizzazione nel caso in cui la stipulazione dell'atto è necessaria nell'interesse della famiglia e dell'azienda che a norma dell'art. 177 fa parte della comunione* (art. 181 c.c.). Al pari, però, dell'altra norma – l'art. 145 c.c. – che prevede l'intervento del giudice per la definizione dei contrasti coniugali, l'art. 181 c.c. non ha incontrato i favori della prassi, che, verosimilmente, privilegia il giudizio di separazione come agone esclusivo dei pregressi ed insoluti conflitti coniugali.

Mentre l'art. 181 c.c. predispone un rimedio idoneo a superare gli ostacoli frapposti da un coniuge all'altro per il compimento di un atto di straordinaria amministrazione necessario nell'interesse della famiglia o dell'azienda, la successiva norma dell'art. 182 c.c. contempla le situazioni di fatto (**lontananza o altro impedimento**), che impediscono, in modo durevole, il compimento di atti per i quali è richiesto il consenso di entrambi i coniugi, stabilendo che, in mancanza di procura risultante da atto pubblico o da scrittura privata autenticata, l'altro coniuge può compiere, previa autorizzazione del giudice e con le cautele eventualmente da questo stabilite, gli atti necessari per i quali è chiesto, a norma dell'art. 180 c.c., il consenso di entrambi.

Quanto al concetto di "**lontananza**", la dottrina è unanime nel ritenere che la fattispecie non debba essere intesa in modo da ricomprendere qualunque ipotesi di temporaneo allontanamento (anche per motivi turistici o di lavoro), ma vada limitata alla sussistenza di un impedimento effettivo ed oggettivamente apprezzabile, anche con riferimento all'urgenza dell'atto che si deve compiere. Costituisce un'ipotesi "tipica" di lontananza la **scomparsa** del coniuge (art. 48 c.c.). Si ritiene che la possibilità, in tal caso, della nomina di un curatore provvisorio, per il compimento degli atti necessari alla conservazione del suo patrimonio, non esclude il ricorso all'autorizzazione giudiziale di cui all'art. 182 c.c., poiché la curatela provvisoria risponde all'esclusiva esigenza di conservazione dei beni "personali" dello scomparso e non interferisce, quindi, con il diverso rimedio previsto nell'ambito dell'amministrazione della comunione legale.

Per quanto concerne i casi di "**impedimento**" – tra i quali si suole annoverare la grave malattia con incapacità di intendere e di volere, la latitanza, l'abbandono della casa coniugale, ecc. – la previsione normativa dell'autorizzazione al compimento degli atti deve essere coordinata con le specifiche discipline riguardanti le fattispecie ostative all'agire congiunto. L'interdizione, infatti, determina l'esclusione "di diritto" del coniuge dall'amministrazione della comunione legale (art. 183, 3° comma, c.c.), sicché, solo nella diversa ipotesi dell'**inabilitazione**, l'altro coniuge dovrà rivolgersi al giudice ai sensi dell'art. 182 c.c.

Quando la situazione di uno dei coniugi presenti, invece, le caratteristiche dell'**infermità** (fisica o psichica), senza che sussistano, tuttavia – per la tendenziale o auspicata transitorietà della stessa – i presupposti per l'interdizione o l'inabilitazione, l'autorizzazione di cui all'art. 182 c.c. concorre con la possibilità, concessa al giudice dalla l. 13 maggio 1978, n. 180, di adottare, *qualora ne sussista la necessità,...i provvedimenti urgenti che possono occorrere per conservare e per amministrare il patrimonio dell'infermo* (art. 3, 6° comma, legge cit.).

Non rientrano tra le ipotesi di impedimento l'**assenza** o la **dichiarazione di morte presunta** di uno dei coniugi, situazioni dalle quali l'art. 191 c.c. fa conseguire l'effetto dello scioglimento della comunione legale.

Quando uno dei coniugi sia lontano o altrimenti impedito, l'altro è esonerato dall'onere di richiedere al giudice l'autorizzazione al compimento di atti per i quali sarebbe necessario il consenso congiunto, quando il potere di compiere da solo gli atti di cui all'art. 180, 2° comma, c.c., gli è stato conferito dal coniuge impedito con procura risultante da atto pubblico o scrittura privata autenticata (art. 182, 1° comma, c.c.).

La situazione di lontananza o impedimento costituisce, quindi, la condizione di legittimità del conferimento di procura generale, da parte di un coniuge in favore dell'altro, per compiere da solo atti di amministrazione congiunta. In ogni altro caso, l'esigenza di garantire la partecipazione effettiva di ciascun coniuge all'amministrazione dei beni della comunione legale non consente di ritenere valide procure generali conferite da un coniuge nei confronti dell'altro.

Al di là dell'ipotesi dell'impedimento, il coniuge può conferire procura all'altro soltanto nell'ulteriore caso, espressamente previsto dalla legge, della gestione comune di azienda (art. 182, 2° comma, c.c.). Nell'ambito dell'esercizio dell'impresa, infatti, il legislatore ha previsto i possibili riflessi negativi del sistema di amministrazione congiunta, consentendo eccezionalmente, per l'esigenza di dinamica gestione e pronta decisione nel compimento degli atti, il rilascio di procura in favore di uno solo dei coniugi per tutti gli atti necessari. Al di fuori di quest'ipotesi, il conferimento di procura generale contrasta col disposto dell'art. 210, 3° comma, c.c., che sancisce l'inderogabilità delle norme sull'amministrazione dei beni della comunione legale.

Occorre chiedersi, peraltro, se anche la **procura speciale** al compimento di singoli atti di straordinaria amministrazione sia preclusa al di fuori delle ipotesi di impedimento. La tesi della "eccezionalità" della norma e, quindi, dell'inammissibilità di procure speciali tra coniugi è disattesa dalla prevalente dottrina, posto che il compimento di specifici atti può essere demandato all'altro coniuge (o ad un terzo) senza che ciò comporti una spoliazione del potere amministrativo del coniuge (la qual cosa, al contrario, si verificherebbe nell'ipotesi di procura generale). Il consenso del coniuge al compimento di un atto rientrante nelle ipotesi dell'art. 180, 2° comma, c.c., può essere espresso, pertanto, anche nella forma preventiva del rilascio di procura in favore dell'altro coniuge.

La *minore età* di uno dei coniugi, il suo *impedimento ad amministrare* o la *pregressa cattiva amministrazione* rappresentano i tre presupposti, che legittimano ciascun coniuge a domandare al giudice l'**esclusione dell'altro coniuge dall'amministrazione dei beni della comunione legale**. L'interdizione esclude, invece, il coniuge "di diritto", fino a quando permanga il suo stato di incapacità. L'esclusione, una volta disposta, priva il coniuge del potere di amministrazione, sia ordinaria che straordinaria, con la conseguenza che l'altro coniuge può compiere da solo gli atti di cui all'art. 180, 2° comma, c.c.

Il coniuge privato dell'amministrazione può chiedere al giudice la reintegrazione, se sono venuti meno i motivi che hanno determinato l'esclusione (art. 183, 2° comma, c.c.). La disposizione evidenzia come la misura dell'esclusione sia adottata dal giudice *rebus sic stantibus* e si riveli di per sé sempre prodromica a future valutazioni, che possono condurre a ritenere caducate le ragioni dell'esclusione. La previsione non si applica, tuttavia, alla fattispecie della minore età, per la quale – come si è detto – la reintegrazione nell'amministrazione è automatica al sopravvenire della maggiore età.

4.1. Atti compiuti senza il necessario consenso: *a*) atti riguardanti beni immobili o mobili registrati

L'art. 184 c.c. disciplina le conseguenza giuridiche degli atti compiuti da un coniuge, senza il necessario consenso dell'altro, nelle ipotesi in cui – a norma dell'art. 180, 2° comma, c.c. – è richiesta la partecipazione congiunta di entrambi.

Se gli atti riguardano **beni immobili o beni mobili elencati nell'art. 2683 c.c.**, il coniuge che non ha prestato il suo consenso, qualora non preferisca "convalidare" l'at-

to, può domandarne l'annullamento entro un anno dalla conoscenza dell'atto e, comunque, dalla data di trascrizione. Se gli atti riguardano, invece, **beni mobili**, il coniuge che li ha compiuti, su istanza dell'altro, è obbligato a ricostituire la comunione nello *statu quo ante* o, qualora ciò non sia possibile, a corrispondere l'equivalente secondo i valori correnti all'epoca della ricostituzione.

Le ragioni di una siffatta differenziazione normativa derivano dal diverso regime giuridico concernente le rispettive categorie di beni. Nel caso di bene immobile, invero, il terzo acquirente ha la possibilità di accertare se l'alienante è persona coniugata e quale sia il regime patrimoniale prescelto. Qualora risulti che l'alienante sia persona coniugata in regime di comunione legale, il terzo è consapevole della possibilità che il coniuge della sua controparte contrattuale dissenta dal compimento dell'atto e, pertanto, può pretendere o che il coniuge partecipi all'atto di alienazione o che presti comunque il proprio consenso. L'omissione di tali cautele è sanzionata dalla legge attraverso l'annullabilità dell'atto su domanda del coniuge pretermesso.

Si tratta di una norma di chiusura del sistema di amministrazione dei beni della comunione legale, nella quale si attua un delicato contemperamento tra le contrapposte esigenze della salvaguardia del principio di amministrazione congiuntiva (per gli atti previsti dalla legge) e di tutela dell'affidamento del terzo contraente.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 184 c.c. – rimessa al giudice delle leggi sotto il profilo della disparità di trattamento tra la sanzione dell'*annullabilità* (contemplata dal 1° comma dalla norma in esame) per gli atti di alienazione compiuti disgiuntamente da uno solo dei coniugi – e quella dell'*inefficacia* prevista, in generale, per gli atti di disposizione posti in essere nella comunione ordinaria (art. 1100 c.c.) da uno dei contitolari senza il consenso degli altri (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) – fu oggetto di quella celebre pronuncia di rigetto (**sentenza 17 marzo 1988, n. 311**, est. Mengoni), nella quale la Corte costituzionale affermò che, nella comunione legale – a differenza della comunione ordinaria – "i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari, in quanto tali, di un diritto avente per oggetto i beni della comunione". Conseguentemente, nei rapporti coi terzi, ciascun coniuge ha il potere di disporre dei beni della comunione e, pertanto, l'acquisto del terzo deve essere considerato, anche in difetto del consenso congiunto dei coniugi, acquisto *a domino*.

Con riguardo all'**ambito di applicabilità**, la giurisprudenza – valorizzando il dato testuale (atti *che riguardano* beni immobili, beni mobili registrati o beni mobili) – afferma che l'art. 184 c.c. si riferisce sia agli atti aventi effetti reali, sia a quelli aventi effetti obbligatori (ad esempio, il contratto preliminare di vendita di un bene facente parte della comunione legale). Inoltre, la norma concerne non soltanto i beni di cui il coniuge alienante risulti formalmente intestatario (rispetto ai quali il terzo – che non abbia accertato la vigenza della comunione legale – potrebbe essere indotto a ritenere la piena legittimazione del suo dante causa), ma anche quelli acquistati congiuntamente dai coniugi e, quindi, ad entrambi intestati (per i quali, invece, il terzo potrebbe e dovrebbe pretendere la partecipazione di entrambi all'atto).

Autorevole dottrina sostiene, peraltro, l'inopponibilità degli **acquisti trascritti a carico del coniuge non intestatario** nei confronti di chi abbia acquistato il diritto dal coniuge intestatario e trascritto, anche successivamente, nei confronti di quest'ultimo. L'acquirente dal coniuge non intestatario non merita, infatti, la stessa tutela che spetta a chi acquisti da persona figurante come unica intestataria.

Il problema fondamentale resta, tuttavia, quello di stabilire se l'alienazione compiuta dal coniuge non intestatario sia da considerare *a domino* o *a non domino* e, in quest'ultimo caso, come sia conciliabile una simile conclusione col principio della "proprietà solidale". Seguendo l'impostazione accolta dalla Corte costituzionale – ed accettando, quindi, che l'alienazione com-

piuta dal coniuge non intestatario configuri un atto *a domino* – deve concludersi ritenendo che, tra due atti di acquisto dello stesso diritto, di cui uno proveniente dal coniuge intestatario e l'altro da quello non intestatario, prevale semplicemente quello che venga trascritto per primo ai sensi dell'**art. 2644 c.c.** Deve ritenersi, pertanto, che il sistema delle tutele del terzo acquirente – oltre all'individuazione dello stato coniugale e del regime patrimoniale prescelto – comprende anche l'accertamento delle eventuali trascrizioni contro il coniuge dell'alienante.

La **convalida** dell'atto di alienazione, da parte del coniuge che non ha espresso il necessario consenso, attribuisce definitiva stabilità agli effetti dell'atto compiuto dall'altro coniuge.

Parte della dottrina ha tenuto a sottolineare la differenza tra la convalida in esame e quella prevista generalmente dal codice civile in materia di annullabilità (art. 1444 c.c.). Presupponendo, infatti, quest'ultima l'identità tra il soggetto che ha dato vita al vizio del negozio e colui che effettua la convalida, si è tratta la conseguenza dell'impossibilità di configurare, nell'ambito dell'art. 184 c.c., l'ammissibilità della convalida tacita attraverso l'esecuzione volontaria del contratto e nella consapevolezza del motivo di annullabilità, concludendo, quindi, nel senso che la convalida del coniuge debba essere compiuta sempre per atto scritto.

Sennonché, non è dato astrattamente escludere che anche il coniuge che non ha preso parte all'atto – e, dunque, al vizio di annullabilità – possa manifestare, attraverso un comportamento successivo, la propria volontà di non opporsi all'attività negoziale solitaria dell'altro coniuge.

D'altra parte, l'art. 184 c.c. – pur non richiedendo espressamente, come requisito per l'azione di annullamento, la circostanza che il coniuge escluso abbia ignorato l'atto compiuto dal *partner* – trova la sua *ratio* nella tutela delle ragioni del coniuge escluso che, non essendo stato posto nelle condizioni di *consentire* all'atto, non ha potuto manifestare e far valere la sua opposizione. Viceversa, nell'ipotesi di comune determinazione dei coniugi in ordine al compimento dell'atto, la decisione di entrambi di lasciarne la stipulazione ad uno solo di essi farebbe beneficiare i coniugi di una sorta di *ius poenitendi*, nei riguardi dell'atto compiuto, non previsto dalla legge. Ecco perché il riferimento, contenuto nel 2° comma della norma, alla "conoscenza dell'atto", da parte del coniuge escluso, non può essere interpretato in senso meramente processuale (come *dies a quo* dell'azione di annullamento), ma deve essere qualificato alla stregua di un presupposto sostanziale implicito per la stessa proponibilità della domanda di annullamento, la quale, infatti, deve essere esclusa qualora si dimostri che il coniuge non partecipe della stipulazione abbia conosciuto e tacitamente autorizzato l'altro coniuge all'atto stesso. A maggior ragione, nel caso in cui, pur dopo il compimento dell'atto, il coniuge escluso dia dimostrazione di conoscere ed accettarne gli effetti giuridici (eseguendo, ad esempio, personalmente la consegna del bene al terzo acquirente), non v'è ragione per non riconoscere giuridica rilevanza di convalida a siffatto comportamento.

L'**azione di annullamento** può essere esperita soltanto dal coniuge che è rimasto estraneo all'atto, sia in ragione della natura *personalissima* dell'azione sia perché – come si è detto – non è escluso che il coniuge pretermesso possa valutare *a posteriori* la convenienza dell'atto.

La natura personale dell'azione non può estendersi, però, fino al punto di negare, in caso di morte del coniuge escluso, la legittimazione degli eredi, che possono valutare l'opportunità dell'azione sotto il profilo strettamente oggettivo degli effetti dell'atto sulla consistenza patrimoniale della comunione legale.

Il **termine** per proporre l'azione è di un anno dalla data in cui il coniuge pretermesso ha avuto conoscenza dell'atto e, in ogni caso, dalla data di trascrizione (art. 184, 2° comma, c.c.). Se l'atto non è stato trascritto ed il coniuge non ne ha avuto conoscenza, il termine annuale per proporre l'azione di annullamento decorre dal momento dello scioglimento della comunione legale.

La sentenza di annullamento produce **effetti retroattivi**, in conformità a quanto previsto, sul piano della disciplina comune dei contratti, dall'art. 1445 c.c.

Nel caso di atti stipulati da un coniuge senza il consenso dell'altro, non sussiste soltanto l'esigenza di tutelare le ragioni del coniuge pretermesso, ma assume rilevanza anche l'**interesse del terzo contraente** a vedere salvaguardato il proprio incolpevole affidamento in ordine alla validità dell'atto.

Nella fase delle trattative, che preludono alla stipulazione di un contratto, le parti hanno l'obbligo di comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.) e di dare notizia all'altra parte dell'eventuale esistenza di cause di invalidità del negozio (art. 1338 c.c.). Nell'ambito dei contratti stipulati dai coniugi in comunione legale dei beni, tale principio impone di esternare al terzo il regime patrimoniale vigente, così da impedire l'invalidità sanzionata dalla norma in esame. Si potrebbe sollevare, tuttavia, il dubbio se una regola di normale prudenza non imponga anche al terzo di assumere informazioni circa la piena ed esclusiva legittimazione della controparte a disporre di un determinato bene nonostante l'esistenza del vincolo di *coniugio*; ma all'interrogativo merita di essere fornita risposta negativa, posto che – pur a fronte dell'evidente utilità per chiunque di adottare, nel corso delle trattative contrattuali, ogni cautela idonea a prevenire possibili vizi del contratto – nessuna norma di diritto positivo impone di accertare l'eventuale *status* coniugato della futura controparte e le conseguenze del regime patrimoniale adottato. Al contrario, l'art. 1338 c.c. costituisce la norma, da cui si evince espressamente che un siffatto onere di informazione grava direttamente sul contraente coniugato, che è, pertanto, obbligato al **risarcimento dei danni** nei confronti del terzo che abbia subito l'annullamento del contratto. Il danno risarcibile è quello "negativo", consistente nella diminuzione patrimoniale subita per aver confidato senza colpa nella validità del contratto.

Correttamente, la giurisprudenza esclude la possibilità del terzo di domandare, ai sensi dell'art. 1479 c.c., la **risoluzione del rapporto contrattuale**: l'efficacia interinale del contratto stipulato da uno solo dei coniugi impedisce, infatti, di configurare il presupposto, contenuto nella citata norma, del mancato acquisto della proprietà, da parte dell'acquirente, a causa dell'esistenza di un diritto altrui. Al terzo non resta, quindi, che il potere di sospendere il pagamento del prezzo, ai sensi dell'art. 1481 c.c., stante il pericolo dell'azione di annullamento da parte del coniuge pretermesso

A tutela del terzo acquirente, si è posto, inoltre, il quesito se questi possa rivolgere al coniuge escluso un atto di **interpello** per conoscere l'eventuale sua intenzione di proporre azione di annullamento. Niente impedisce, invero, che il terzo possa sollecitare, in tal modo, una manifestazione di volontà rilevante sotto forma di convalida dell'atto, ma certamente deve escludersi che, in caso di mancata risposta, una siffatta diffida possa essere idonea a ridurre il termine di un anno per la proposizione dell'impugnazione; l'unico effetto consiste, allora, nella determinazione del *dies* di conoscenza dell'atto di alienazione.

4.2. Atti compiuti senza il necessario consenso: *b)* atti riguardanti beni mobili

Il coniuge, che ha violato l'obbligo di amministrazione congiunta compiendo un atto riguardante beni mobili della comunione legale, è tenuto *a ricostituire la comunione nello stato in cui era prima del compimento dell'atto* (art. 184, 3° comma, c.c.). L'obbligazione sorge automaticamente col compimento dell'atto, ma la sua "attualità" presuppone l'**istanza** del coniuge pretermesso. Quest'ultimo, infatti, potrebbe prestare acquiescenza all'atto o considerare comunque non pregiudicata l'integrità patrimoniale della comunione legale.

Col concetto di **ricostituzione** della comunione legale *nello stato in cui era prima del compimento dell'atto*, il legislatore allude ad una sorta di reintegrazione in forma specifica del patrimonio coniugale (art. 2058 c.c.), che il coniuge alienante potrebbe conseguire o attraverso lo scioglimento consensuale del contratto o, in caso di rifiuto del terzo, mediante l'acquisto, con mezzi propri, di un bene di natura e qualità non inferiori a quello ceduto.

Qualora la ricostituzione specifica non sia possibile, o risulti eccessivamente onerosa, la reintegrazione della comunione legale deve avvenire col **pagamento dell'equivalente** del valore del bene alienato. Si tratta chiaramente di un'obbligazione di valore,

come si desume dall'espresso richiamo ai *valori correnti all'epoca della ricostituzione della comunione*. Per "epoca della ricostituzione", deve intendersi il momento di esecuzione della prestazione, volontaria o a seguito di condanna giudiziaria.

Circa la **natura della responsabilità** del coniuge che ha compiuto l'atto di alienazione, si è voluto trarre argomento da tale ultimo richiamo ad un credito di valore per affermare la natura di illecito extracontrattuale della condotta del coniuge lesiva del dovere di amministrazione congiunta. Non sembra, tuttavia, sostenibile che, nel caso di specie, manchi un preesistente rapporto obbligatorio tra l'autore dell'illecito ed il soggetto danneggiato: l'art. 180 c.c. – nell'attribuire ai coniugi le facoltà, disgiunte e congiunte, di amministrazione dei beni in comunione legale – è, altresì, norma precettiva che, per quanto riguarda gli atti di straordinaria amministrazione, nonostante il potere dispositivo disgiunto con efficacia verso i terzi (quale pianamente si ricava dalla disciplina "sanzionatoria" dell'art. 184 c.c.), impone a ciascuno dei coniugi di non agire senza il consenso dell'altro. Tale obbligo, peraltro, è, a sua volta, direttamente riconducibile al dovere di collaborazione dei coniugi nell'interesse della famiglia (art. 143, 2° comma, c.c.).

Dovendosi, dunque, preferire la qualificazione in termini di responsabilità contrattuale, il coniuge pretermesso, che richieda all'altro la ricostituzione della comunione legale, è esonerato dall'onere di provare il *dolo* o la *colpa* nel compimento dell'atto di alienazione e può beneficiare del più lieve onere probatorio previsto dall'art. 1218 c.c.

Il diritto alla ricostituzione della comunione legale è soggetto a **prescrizione** decennale a far data dall'atto di alienazione e, trattandosi di un'azione che attiene ai rapporti esclusivamente interni tra coniugi, il termine deve ritenersi sospeso durante la permanenza del vincolo coniugale (art. 2941, n. 1, c.c.).

4.3. La responsabilità del coniuge alienante e del terzo

Si è posto, in dottrina, il problema della possibilità del coniuge pretermesso di agire **nei confronti del coniuge alienante** per ottenere il risarcimento del danno, anche nell'ipotesi di atto di alienazione avente ad oggetto beni immobili o mobili registrati.

La previsione legislativa del rimedio specifico dell'annullamento dell'atto (art. 184, 2° comma, c.c.) non ha indotto a dubitare, invero, della piena ammissibilità dell'alternativa risarcitoria, che potrebbe essere, di fatto, preferita, per non esporre, a sua volta, il coniuge alienante a responsabilità nei confronti del terzo e, quindi, indirettamente, la stessa comunione legale alla necessità di far fronte alla relativa obbligazione risarcitoria. Si è affermato, così, che l'obbligo di risarcimento del danno – sancito espressamente dall'art. 184, 3° comma, c.c., per i soli atti riguardanti beni mobili – rappresenta un "rimedio di carattere generale", invocabile in ogni fattispecie di alienazione compiuta da un coniuge in violazione delle regole di amministrazione congiunta.

L'opinione merita di essere condivisa, soprattutto in considerazione delle peculiarità del rapporto coniugale, durante il quale un coniuge – pur ritenendo di avere subìto un torto – può essere riluttante ad agire in giudizio per sconfessare l'operato negoziale del suo compagno. Tanto più che – come si è detto (§ 4.1) – il termine per l'azione di annullamento *ex* art. 184, 2° comma, c.c., non resta sospeso (diversamente da quello per la proposizione di azioni risarcitorie contro il coniuge) durante la vigenza del rapporto coniugale.

Il coniuge escluso non può agire, invece, **nei confronti del terzo acquirente**, anche in ipotesi di mala fede di quest'ultimo (ossia di consapevolezza della violazione, da parte del coniuge alienante, della regola di amministrazione congiuntiva). La cautela, adottata eventualmente dal terzo, di verificare il rispetto, da parte dell'alienante, delle regole interne di amministrazione della comunione legale, è funzionale al suo

esclusivo interesse a non vedere caducati gli effetti dell'acquisto in seguito all'azione di annullamento del coniuge pretermesso. Nessuna norma impone, invece, al terzo di "collaborare" per prevenire la violazione del principio di amministrazione congiunta della comunione legale, rispetto al quale il terzo, che può contare sull'efficacia del suo acquisto, è assolutamente estraneo ed indifferente.

4.4. L'amministrazione dei beni personali

L'art. 185 c.c. stabilisce che *all'amministrazione dei beni che non rientrano nella comunione o nel fondo patrimoniale si applicano le disposizioni dei commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 217*.

Si tratta di una norma, la quale, in virtù della sua ellittica formulazione, pone il problema ermeneutico della concreta rilevanza dell'omesso richiamo del **1° comma dell'art. 217 c.c.**, che attribuisce a ciascun coniuge il potere di godere ed amministrare i beni di cui è esclusivo titolare. Ci si è conseguentemente domandato se a ciascun coniuge spetti *ope legis* un diritto di uso sui beni personali dell'altro, che non siano stati concessi in godimento a terzi.

La conclusione negativa merita di essere condivisa, senza neppure la possibilità di distinguere tra beni personali *per destinazione* [art. 179, lett. *c*), *d*), *e*), c.c.] e beni personali *per formalità di acquisto*. Qualunque sia, infatti, il titolo, in virtù del quale i beni fanno parte del patrimonio personale del coniuge, non può negarsi a quest'ultimo il diritto di goderne e disporne in modo esclusivamente individuale, secondo le norme ordinarie che disciplinano la proprietà e i contratti.

Proprio alla stregua delle norme di diritto comune, ciascun coniuge può conferire all'altro – pur in vigenza del regime di comunione legale – la procura ad amministrare i propri beni, con (o senza) l'obbligo di rendere conto dei frutti. In questo senso, il richiamo normativo contenuto nell'art. 185 c.c. consente di escludere che l'amministrazione dei beni personali di un coniuge da parte dell'altro sia idonea a ricomprendere i frutti di tale amministrazione nell'ambito della comunione legale.

Occorre sottolineare, inoltre, come l'art. 185 c.c. – facendo riferimento ai *beni che non rientrano nella comunione o nel fondo patrimoniale* – ricomprende, altresì, i beni oggetto di contitolarità ordinaria tra i coniugi (acquistati, ad esempio, da entrambi i coniugi prima del matrimonio), ai quali non si applicano, dunque, le norme sull'amministrazione dei beni della comunione legale.

Problema distinto è, invece, quello relativo ai **beni che, per quanto personali, siano stati in concreto asserviti dal coniuge titolare al soddisfacimento di esigenze della famiglia** (ad esempio, il bene immobile personale adibito a residenza della famiglia): potrebbe, in questi casi, il coniuge-proprietario rivendicare nei confronti dell'altro coniuge e, in ipotesi, degli altri componenti della famiglia, il diritto di godere in modo esclusivo di detti beni, sottraendoli *motu proprio* alla destinazione familiare? Correttamente si ritiene che la questione attenga al regime primario dei rapporti patrimoniali tra coniugi e che, pertanto, giammai il singolo coniuge possa, unilateralmente ed indipendentemente dalla rinegoziazione dell'*indirizzo concordato* (art. 144 c.c.), riappropriarsi del godimento esclusivo di un bene funzionale allo svolgimento della vita familiare. In tali evenienze, infatti, soccorre la previsione normativa dell'art. 145 c.c., che attribuisce a ciascun coniuge, in caso di disaccordo concernente l'indirizzo della vita familiare o la fissazione della residenza, il potere di adire il giudice, il quale, dopo aver tentato una soluzione concordata, su richiesta congiunta di entrambi i coniugi, adotta, con provvedimento non impugnabile, *la soluzione che ritiene più adeguata alle esigenze dell'unità e della vita della famiglia*.

5. La responsabilità: *a*) obbligazioni della comunione legale

Il regime di comunione legale contiene una disciplina speciale, in punto di responsabilità patrimoniale per l'adempimento delle obbligazioni, rispetto alle norme generali (art. 2740 c.c.).

La legge distingue, infatti, tra:

1) **obbligazioni della comunione legale**, per le quali il creditore può soddisfarsi, prioritariamente, sui beni della comunione legale (art. 186 c.c.) e, in via sussidiaria, sui beni personali di ciascuno dei coniugi nella misura della metà del credito (art. 190 c.c.);

2) **obbligazioni personali dei coniugi**, per le quali il creditore può agire, invece, sui beni personali del coniuge-debitore e, soltanto in via sussidiaria, su quelli facenti parte della comunione legale, ma solo nei limiti della quota del coniuge obbligato (art. 189 c.c.).

Le obbligazioni della comunione legale sono elencate (tassativamente) nell'art. 186 c.c., che prevede che i beni della comunione legale rispondano:

a) di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto;

La norma si riferisce ai **vincoli reali** (quali pegni, ipoteche, privilegi speciali) che *ex lege* gravano sui beni a cui si riferiscono, ai **vincoli di natura pubblicistica** (ad esempio, vincoli derivanti da piano regolatore), nonché alle **obbligazioni *propter rem*** gravanti sulla cosa al momento dell'acquisto, come ad esempio, l'obbligazione di provvedere all'amministrazione e manutenzione ordinaria del bene oggetto di usufrutto (artt. 980, 2° comma, e 1004, 1° comma, c.c.) e quella di contribuire alle spese necessarie per la conservazione ed il godimento della cosa comune (art. 1104, 1° e 3° comma, c.c.).

Dell'adempimento delle obbligazioni *propter rem* sussistenti al momento dell'acquisto, rispondono i beni *della comunione legale* intesi nella loro complessità: non soltanto, quindi, i singoli beni gravati dell'obbligazione, ma anche gli ulteriori beni che, pur non costituendo specifico oggetto dell'obbligazione stessa, fanno parte, tuttavia, del patrimonio della comunione legale. A tale conclusione parrebbe condurre un'interpretazione logico-sistematica dell'art. 186, lett. *a*), c.c., posto che, diversamente intesa, la norma finirebbe col ribadire un principio di carattere generale – quello per cui il debitore risponde dell'obbligazione *propter rem* col bene che da essa è gravato – senza l'apporto di alcun dato normativo diretto.

b) di tutti i carichi dell'amministrazione;

Per "carichi dell'amministrazione" devono intendersi le **obbligazioni contratte per l'amministrazione dei beni della comunione legale**, come, ad esempio, le spese di manutenzione e custodia, i contributi condominiali ed i premi di assicurazione. Per altri, gli atti di amministrazione straordinaria determinano un "carico" sui beni della comunione soltanto quando siano stati compiuti congiuntamente dai coniugi, in conformità al disposto normativo dell'art. 180, 2° comma, c.c.; al contrario – secondo quanto previsto dall'art. 189, 1° comma, c.c. – per gli atti di amministrazione straordinaria posti in essere da uno dei coniugi separatamente, quest'ultimo è obbligato personalmente.

Si discute se tra i carichi della comunione legale rientrino, altresì, le **obbligazioni extracontrattuali connesse alla proprietà o alla custodia di beni facenti parte della comunione legale** (artt. 2051, 2052, 2053, 2054 c.c.). Posto che la comunione legale si caratterizza per l'esercizio "solidale" delle facoltà (di conservazione, godimento e disposizione) costituenti il contenuto del diritto soggettivo avente ad oggetto i singoli beni, si può ritenere che i concetti di "custode" e "proprietario" (di cui gli artt. 2051-2054 c.c.) vadano riferiti ad entrambi i coniugi, in quanto entrambi legittimati all'esercizio dei poteri e delle facoltà che rappresentano il contenuto giuridico della custodia e della proprietà.

c) delle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli e di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia;

Sono **spese per il mantenimento della famiglia** gli esborsi per il sostentamento alimentare, nonché le spese per l'alloggio, l'arredamento, il vestiario, le spese conseguenti a malattie dei

componenti della famiglia, ecc. Posto che il dovere di mantenimento, al pari di quello di **istruzione e educazione dei figli**, grava individualmente su ciascuno dei coniugi – e non può, conseguentemente, vincolare i soli beni della comunione legale – il significato della norma può essere ricercato nell'intento di operare la distribuzione dell'onere di contribuzione alle necessità della famiglia in modo paritario tra i coniugi, evitando così sperequazioni nei loro rapporti interni.

Tanto le spese per il mantenimento quanto quelle per l'istruzione e l'educazione dei figli rappresentano mere specificazioni della più ampia categoria delle obbligazioni nell'interesse della famiglia, il cui adempimento è garantito dai beni della comunione legale anche quando siano contratte separatamente da uno dei coniugi.

Le **obbligazioni nell'interesse familiare** vengono fatte coincidere, da parte della prevalente dottrina, con i doveri di contribuzione previsti dagli artt. 143, 144 e 147 c.c. Mentre, tuttavia, per gli obblighi di istruzione ed educazione dei figli una siffatta coincidenza trova un riscontro testuale difficilmente superabile, per il resto, si deve affermare il più ampio contenuto delle obbligazioni nell'interesse familiare rispetto a quelle funzionali al soddisfacimento dei bisogni della comunità familiare. Tra i *bisogni della famiglia* rientrano, invero, le esigenze primarie ed essenziali della famiglia e quelle ulteriori necessità che, secondo una valutazione assolutamente relativa, si conformano al tenore di vita assunto dalla famiglia in relazione alle capacità patrimoniali e di reddito dei suoi componenti. In questo senso, il concetto di "*interesse*" appare indubbiamente più ampio, in quanto idoneo a ricomprendere anche atti di tipo voluttuario o speculativo, che si siano risolti, in concreto, in vantaggi (patrimoniali o non patrimoniali) per i membri della famiglia.

Qualificando il dovere di contribuzione come **regime patrimoniale primario** con efficacia esterna, allorché le obbligazioni nell'interesse familiare consistano, in concreto, nell'adempimento di doveri di contribuzione, entrambi i coniugi sono debitori solidali nei confronti dei terzi (Sez. III, § 2).

d) di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi.

La norma non si riferisce alle sole obbligazioni congiunte di tipo *solidale* e contratte *successivamente* al matrimonio o all'instaurazione del regime di comunione legale. La nozione di obbligazione *congiunta*, adottata dal legislatore nella materia in esame, pare alludere, infatti, a tutte le fattispecie ricomprese nella categoria dell'**obbligazione soggettivamente complessa**: non soltanto, quindi, ai casi di obbligazioni solidali *stricto sensu*, ma anche alle obbligazioni *parziarie*, a quelle *indivisibili* ed a quelle – in senso proprio – *congiunte* (Vol. I, Cap. V, Sez. III).

La solidarietà patrimoniale tra coniugi deve esprimersi, inoltre, con la soggezione dei beni della comunione legale anche con riferimento alle **obbligazioni contratte congiuntamente dai coniugi prima del matrimonio**. Si pensi, ad esempio, all'obbligazione di corrispondere il prezzo per l'acquisto dell'immobile, compiuto da entrambi i coniugi prima del matrimonio e ricompreso nel successivo regime legale di comunione soltanto per effetto di una convenzione matrimoniale.

La norma deve essere riferita anche alle **obbligazioni derivanti da fatto illecito**, posto che – come è stato osservato in dottrina – ogni ragione di tutela, eventualmente sottesa alla *ratio* dell'art. 186 c.c. nello scopo di tutelare il coniuge non debitore di fronte ai creditori dell'altro coniuge, viene meno quando entrambi i coniugi siano titolari della medesima obbligazione in dipendenza dello stesso fatto costitutivo o dell'identico criterio di imputazione. Rientrano, pertanto, nella previsione dell'art. 186, lett. *d*), c.c., ad esempio, le obbligazioni dei coniugi per i danni cagionati dal fatto illecito o dannoso commesso dal figlio minore (artt. 2047-2048 c.c.).

Secondo la previsione dell'art. 190 c.c., i beni personali di ciascuno dei coniugi possono essere aggrediti dal creditore per una delle obbligazioni elencate nell'art. 186 c.c. soltanto *quando i beni della comunione non sono sufficienti*.

Si tratta di una significativa **deroga al principio generale dell'art. 2740 c.c.**, che imporrebbe a colui che contrae l'obbligazione di rispondere *con tutti i suoi beni presenti e futuri*. L'applicazione letterale dell'art. 190 c.c., infatti, può condurre alla mancata realizzazione del credito nell'ipotesi in cui, a fronte dell'insufficienza dei beni della

comunione legale, la metà del credito non trovi capienza nei rispettivi patrimoni personali dei due coniugi.

Ad esempio, il coniuge Rossi acquista dal signor Bianchi l'autovettura destinata alla vita familiare [art. 186, lett. *c*), c.c.]. A fronte del debito complessivo di 100, il creditore Bianchi si soddisfa sui beni della comunione legale per l'importo di 20. Per la metà dell'originario complessivo credito (50), egli agisce sui patrimoni personali di Rossi e dell'altro coniuge Verdi. Laddove il patrimonio di quest'ultimo si riveli, a sua volta, insufficiente a far fronte al debito di 50, il creditore non ottiene l'integrale realizzazione del credito anche nel caso in cui i beni personali di Rossi siano ampiamente in grado di rispondere dell'obbligazione nel suo integrale importo.

Appare evidente la disparità di trattamento, che viene a determinarsi ai danni dal creditore della comunione legale: qualora l'obbligazione fosse stata contratta da un qualunque altro debitore, il creditore avrebbe ottenuto l'integrale pagamento.

Una simile lettura del combinato disposto degli artt. 186 e 190 c.c. ha indotto fondatamente parte della dottrina a dubitare della legittimità costituzionale di tale deroga al principio della responsabilità patrimoniale generica e a proporre una diversa interpretazione, in grado di coniugare la peculiarità del regime di comunione legale con l'esigenza di non pregiudicare gli interessi patrimoniali dei terzi. Si ritiene, quindi, che la limitazione di responsabilità, contenuta nell'art. 190 c.c., debba essere applicata soltanto al coniuge che non abbia contratto l'obbligazione; viceversa, il coniuge-debitore risponde per l'adempimento dell'obbligazione con tutti i suoi beni presenti e futuri, in conformità al principio generale dell'art. 2740 c.c. In tal modo, la norma dell'art. 190 c.c. – lungi dal costituire un'ingiustificata (o incostituzionale) limitazione della garanzia patrimoniale generica dei creditori – assurge, al contrario, a deroga estensiva dell'art. 2740 c.c., in quanto consente al creditore del coniuge che ha contratto una delle obbligazioni di cui all'art. 186 c.c. di soddisfarsi non soltanto sui beni della comunione legale e, per l'intero credito, sui beni personali del coniuge-debitore, ma, altresì – in ipotesi di persistente incapienza patrimoniale – sui beni appartenenti all'altro coniuge (nei limiti della metà del credito). Così, la disciplina normativa della responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione legale viene a configurare – nel rispetto dell'autonomia e libertà negoziale dei coniugi – l'attuazione, sul piano dei rapporti obbligatori, dei principi di *solidarietà* e *comunione materiale e spirituale* tra coniugi.

5.1. *b*) Le obbligazioni personali dei coniugi

Le norme degli artt. 187-188 e 189 c.c. individuano le categorie di obbligazioni cc.dd. *personali*, contratte cioè dai coniugi al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 186 c.c. Esse stabiliscono che i beni della comunione legale non rispondono:

a) delle obbligazioni contratte da uno dei coniugi prima del matrimonio (art. 187 c.c.);

b) delle obbligazioni da cui sono gravate le donazioni e le successioni conseguite dai coniugi durante il matrimonio e non attribuite alla comunione (art. 188 c.c.);

c) delle obbligazioni contratte, dopo il matrimonio, da uno dei coniugi per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro (art. 189, 1° comma, c.c.); in tale ipotesi, infatti, non avendo il coniuge rispettato il dovere di amministrazione congiuntiva, la legge pone a suo esclusivo carico le conseguenze obbligatorie degli atti compiuti [salvo che l'atto sia risultato comunque *nell'interesse della famiglia*, nel qual caso l'art. 186, lett. *c*), c.c., essendo norma speciale

rispetto all'art. 189, 1° comma, c.c., fa scattare la responsabilità principale dei beni della comunione legale].

L'elencazione di obbligazioni personali, contenuta nella citate norme, non è certamente né esaustiva né tassativa; invero, non v'è dubbio che siano parimenti sottratte alla responsabilità della comunione legale:

a) le obbligazioni contratte separatamente da uno dei coniugi per un interesse diverso da quello della famiglia [*a contrario ex* art. 186, lett. *c*), c.c.];

b) le obbligazioni contratte dal coniuge per l'acquisto di beni personali o per il compimento di atti di amministrazione del patrimonio personale (art. 185 c.c.);

c) le obbligazioni assunte dal coniuge nell'esercizio separato della professione o dell'impresa;

d) le obbligazioni derivanti da fatto illecito commesso o imputabile esclusivamente al coniuge;

e) le obbligazioni contratte dal coniuge durante il matrimonio, ma nella vigenza del regime di separazione dei beni.

Per il soddisfacimento delle obbligazioni *personali*, i creditori possono agire sui beni personali del coniuge debitore e, *in via sussidiaria*, sui beni della comunione, *fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato*.

Con riguardo al contenuto della **regola di** "**sussidiarietà**", sancita dall'art. 189, 2° comma, c.c., sono state proposte due diverse tesi.

A) Un primo filone dottrinale ritiene che l'art. 189, 2° comma, c.c., ponga una **condizione di procedibilità** dell'azione esecutiva, nel senso che il creditore, prima di poter agire esecutivamente sui beni della comunione legale, avrebbe l'onere di provare l'infruttuosità della precedente azione esecutiva svolta sui beni personali del coniuge debitore.

Si tratta di una tesi che sottolinea la netta separazione tra beni personali e beni della comunione legale e che – sotto il profilo sistematico – viene argomentata sulla base della forte analogia tra l'art. 189, 2° comma, c.c., e le fattispecie dell'art. 2270, 2° comma, c.c. – secondo cui il creditore particolare del socio della società semplice può chiedere in ogni tempo la liquidazione della quota del suo debitore, *se gli altri beni del debitore sono insufficienti a soddisfare i suoi crediti* – e dell'art. 2304 c.c., che impone ai creditori sociali, che pretendano il pagamento dai singoli soci, di escutere preventivamente il patrimonio sociale.

B) L'opinione prevalente riconosce, invece, al creditore la libertà di aggredire i beni della comunione legale, salva la facoltà del debitore di eccepire il ***beneficium excussionis***, con l'indicazione dei beni personali sui quali soddisfarsi. Da questo punto di vista, la norma presenterebbe significative analogie con quelle degli artt. 2268 c.c. (escussione preventiva del patrimonio sociale nella società semplice) e 1944 c.c. (fideiussione con beneficio di escussione).

Tale preferibile soluzione tiene conto della possibilità che, colui che agisca per il soddisfacimento di una pretesa creditoria nei confronti del coniuge, ignori l'esistenza stessa di beni personali suscettibili di esecuzione forzata. In tal modo, la norma dell'art. 189, 2° comma, c.c., evita di tradursi in un comodo espediente dilatorio in favore del coniuge, che intenda sottrarsi all'adempimento delle proprie obbligazioni.

Per quel che concerne il significato concreto del **limite costituito dal *valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato*** – che l'art. 189 c.c. stabilisce per il soddisfacimento dei creditori particolari del coniuge sui beni della comunione legale – anche in tal caso occorre dare conto di due diverse interpretazioni.

A) Secondo una prima opinione, il limite della quota deve essere inteso con riferimento ***ad ogni singolo bene*** della comunione legale, non diversamente dal modo in cui esso opererebbe nell'ipotesi in cui i coniugi esercitassero sui beni stessi una comunione ordinaria (art. 1100 c.c.). Pertanto, nel momento in cui il creditore decide di aggredire un bene della comunione legale, egli non può ottenere dalla vendita forzata di detto bene più del valore corrispondente alla quota del *cinquanta per cento*, di cui è titolare il coniuge debitore. Consegue evidentemente da siffatta impostazione come la forma di esecuzione forzata, a cui può ricorrere il creditore, sia quella dell'espropriazione di beni indivisi (artt. 599 ss. c.p.c.).

B) Da altro punto di vista, si sostiene che il valore della quota del coniuge obbligato debba

essere calcolato non già per ogni singolo cespite, bensì con riferimento all'intera massa della comunione legale, in maniera che l'azione esecutiva dei creditori particolari, pur svolgendosi su ciascun bene ***per l'intero***, non gravi complessivamente per un ammontare di valore superiore alla metà dell'intero patrimonio in comunione.

Tale ultima soluzione appare certamente la più coerente con la concezione della comunione legale – così come delineata dalla Corte costituzionale ed accolta dalla prevalente dottrina – secondo la quale l'istituto non configurerebbe una fattispecie di contitolarità *pro quota* assimilabile alla comunione ordinaria, ma una figura di *proprietà solidale*, nella quale la *quota* assolve a funzioni specifiche ed eccezionali.

Ai creditori particolari dei coniugi, se chirografari, sono preferiti i creditori della comunione legale (art. 189, 2° comma, c.c.). Si tratta di un vero e proprio ***privilegio speciale***, sul cui fondamento la dottrina è divisa e che rappresenta – secondo taluni – un ingiustificato *favor* nei confronti dei creditori per le obbligazioni di cui all'art. 186 c.c.

6. Lo scioglimento: nozione, effetti e natura giuridica della massa patrimoniale

Il regime patrimoniale della comunione legale tra coniugi cessa per una delle cause elencate dall'art. 191, 1° comma, c.c. – *dichiarazione di assenza o di morte presunta di uno dei coniugi*; *annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*; *separazione personale*; *separazione giudiziale dei beni*; *mutamento convenzionale del regime patrimoniale*; *fallimento di uno dei coniugi* – che adopera, però, impropriamente l'espressione "scioglimento della comunione", giacché ogni comunione si scioglie effettivamente soltanto in conseguenza della divisione dei beni; viceversa – nel caso di specie – lo "scioglimento" costituisce il presupposto logico e cronologico della divisione, che è regolata dalle successive norme degli artt. 194-197 c.c. Si preferisce, conseguentemente, qualificare il fenomeno in termini di "**cessazione**" o "**estinzione**" del regime di comunione, per intendere come – al verificarsi di una delle cause previste dall'art. 191 c.c. – gli atti di acquisto e di amministrazione dei beni, compiuti dai coniugi, non possano più essere disciplinati dagli artt. 177-184 c.c.

Gli **effetti** dello "scioglimento della comunione legale" (nel senso di cui all'art. 191 c.c.) sono i seguenti.

a) **I beni indicati negli artt. 177, lett. *b*) e *c*), e 178 c.c.** (c.d. comunione *de residuo*) **cadono in comunione legale**, ai fini della definitiva costituzione della massa patrimoniale oggetto di eventuale divisione ai sensi degli artt. 194-197 c.c.

b) Gli acquisti compiuti, congiuntamente o separatamente, dai coniugi dopo lo scioglimento cessano di essere sottoposti (indipendentemente dall'osservanza delle formalità previste dall'art. 179 c.c.) al regime di comunione legale. Pertanto, **gli acquisti individuali restano di titolarità esclusiva del coniuge acquirente** e gli eventuali acquisti congiunti divengono oggetto di semplice comunione ordinaria.

c) Nelle ipotesi di scioglimento della comunione legale, che non coincidono con il contestuale scioglimento del vincolo matrimoniale, al regime della comunione legale subentra automaticamente quello della **separazione dei beni**.

d) In capo a ciascun coniuge sorge l'**obbligo di rimborsare alla comunione legale le somme prelevate per fini individuali** (art. 192, 1° comma, c.c.) **ed il valore dei beni escussi dai creditori per le obbligazioni previste dall'art. 189 c.c.** (art. 192, 2° comma, c.c.), nonché l'ulteriore **obbligo di restituzione al coniuge delle somme prelevate da quest'ultimo dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune** (art. 192, 2° comma, c.c.).

e) Ciascun coniuge acquista il diritto potestativo di ottenere la **divisione dei beni** acquisiti durante la vigenza di tale regime patrimoniale.

f) Entro un anno dalla data dello scioglimento ciascun coniuge può esperire l'azione di **annullamento degli atti** riguardanti beni immobili (o mobili registrati), compiuti dall'altro coniuge senza il proprio consenso dell'altro, non trascritti e dei quali egli non abbia avuto altrimenti conoscenza (art. 184, 2° comma, c.c.).

Si discute quale sia, per effetto dello scioglimento, la **natura giuridica** della massa di beni oggetto di comunione legale e quale, conseguentemente, la disciplina applicabile agli atti di disposizione e di amministrazione loro concernenti.

1) La dottrina prevalente e parte della giurisprudenza sostengono che, all'atto dello scioglimento, la comunione legale tra coniugi si trasformi automaticamente in **comunione ordinaria**, con conseguente applicabilità delle norme degli artt. 1100-1116 c.c. Ciò comporterebbe:

— il potere di ciascun coniuge di domandare lo scioglimento della comunione (art. 1111 c.c.) e di ricorrere all'autorità giudiziaria in caso di mancata adozione dei provvedimenti necessari per l'amministrazione delle cose comuni (art. 1105 c.c.);

— l'automatica espansione della "quota" dalla funzione di mero limite, entro cui i beni della comunione legale e quelli personali possono essere aggrediti rispettivamente dai creditori particolari e da quelli della comunione (artt. 189-190 c.c.), ad effettivo elemento strutturale di compartecipazione dei coniugi stessi alla titolarità del diritto sui beni facenti parte della massa;

— il diritto di ciascun coniuge – ai sensi dell'art. 1102 c.c. – di servirsi della cosa comune, senza alterarne la destinazione o impedirne all'altro analogo uso (con l'eventuale estensione del diritto sulla cosa comune, in danno del coniuge compartecipe, mediante atti idonei a mutare il titolo del proprio possesso);

— la facoltà per ciascun coniuge di alienare la propria quota non soltanto in favore dell'altro coniuge, ma anche nei confronti di terzi.

Si tratta di una ricostruzione che può essere oggetto di numerose **critiche**.

Si pensi allo scioglimento della comunione legale in seguito a separazione personale tra coniugi ovvero per assenza o fallimento di uno dei coniugi: nel caso, ad esempio, di alienazione a terzo della quota di partecipazione alla comunione legale da parte di un coniuge, l'altro verrebbe a trovarsi in comunione *pro indiviso* con un soggetto estraneo alla compagine familiare, e ciò anche in ipotesi di sopravvenuta caducazione della causa di cessazione del regime legale (per riconciliazione, ritorno dell'assente o chiusura del fallimento)

Anche in ipotesi di causa *irreversibile* di scioglimento della comunione legale, come è possibile ipotizzare, in concreto, che la delicata fase della divisione dei beni, con ripartizione dell'attivo e del passivo e con prelievo dei beni di appartenenza esclusiva, possa svolgersi tra un coniuge, da una parte, ed un terzo alienatario della "quota", completamente ignaro delle pregresse vicende patrimoniali in vigenza della comunione legale?

Un elemento sistematico, che induce a respingere la tesi della trasformazione della comunione legale in comunione ordinaria, consiste nel dato normativo dell'art. 177, lett. *b*) e *c*), c.c., secondo cui lo scioglimento della comunione legale provoca la caduta in *comunione* dei beni ivi indicati (c.d. *communio de residuo*). Se, infatti, all'atto dello scioglimento, la comunione legale si converte in comunione ordinaria, occorre chiedersi se la *comunione*, cui si riferisce la norma citata, sia quella legale o quella ordinaria, col risultato – in tale seconda ipotesi – che i beni della c.d. *communio de residuo* non costituirebbero mai oggetto di comunione legale tra coniugi.

Ma le conseguenze di un simile assunto – secondo cui i beni oggetto di *communio de residuo* sarebbero sottoposti, quindi, alla disciplina della comunione ordinaria – si rivelano ancor più gravi sul piano dei possibili risvolti applicativi. Si consideri che, nel patrimonio oggetto di comunione ordinaria, entrerebbero a far parte, a norma dell'art. 178 c.c., anche i beni destinati all'esercizio dell'impresa di uno dei coniugi costituita dopo il matrimonio. Orbene, siffatti beni

– piuttosto che limitarsi ad integrare la massa patrimoniale della comunione legale in vista delle operazioni di divisione e prelievo – potrebbero essere immediatamente usati e goduti anche dal coniuge non imprenditore, che, ai sensi dell'art. 1102 c.c., sarebbe legittimato ad apportare ai beni medesimi *le modificazioni necessarie per il migliore godimento della cosa*, con tutte le prevedibili conseguenze relative all'esercizio dell'impresa.

2) Altra parte della dottrina sostiene la tesi dell'"**ultrattività**" **della disciplina della comunione legale**, che continuerebbe a trovare applicazione, nonostante l'intervenuto scioglimento, fino all'effettiva divisione della massa comune.

Secondo tale impostazione:

— **non mutano le regole dell'amministrazione dei beni oggetto di comunione**, sia per quel che concerne i beni acquisiti alla comunione legale *prima* dello scioglimento sia con riguardo ai beni caduti in comunione proprio *per effetto* dello scioglimento (*communio de residuo*); conseguentemente, anche gli atti compiuti senza il necessario consenso dell'altro coniuge – ivi compresa l'eventuale alienazione compiuta separatamente da uno dei coniugi – continuerebbero ad essere disciplinati dall'art. 184 c.c.;

— per quel che concerne la disciplina della **responsabilità patrimoniale**, occorre distinguere tra debiti *anteriori* e debiti *successivi* allo scioglimento: per i primi, continuerebbero ad applicarsi le norme degli artt. 186-190 c.c. (per esigenze di tutela del terzo creditore della comunione legale); per i secondi, invece, verrebbe a trovare applicazione il regime ordinario di responsabilità patrimoniale del coniuge che abbia stipulato l'obbligazione.

Anche tale ricostruzione non si sottrae ad alcune **critiche**.

Per quel che concerne, in particolare, l'amministrazione dei beni della comunione legale, la gran parte delle ipotesi di scioglimento presuppone la cessazione della convivenza familiare e l'estinzione (o sospensione) degli stessi reciproci doveri coniugali. In tale situazione, deve escludersi che possano continuare ad essere applicabili le norme sull'amministrazione della comunione legale, che presuppongono necessariamente l'*attualità* della comunanza materiale e spirituale tra coniugi. Sussiste, poi, un'incompatibilità strutturale tra la disciplina dell'amministrazione della comunione legale ed altre ipotesi di scioglimento – come la morte, la dichiarazione di morte presunte, il fallimento del coniuge – nelle quali, venendo concretamente a mancare il potere di uno dei due coniugi di compiere atti di amministrazione, l'ultrattività dell'art. 180 c.c. si risolverebbe nell'attribuzione all'altro coniuge di poteri illimitati di amministrazione.

3) Secondo altra tesi, per effetto dello scioglimento si aprirebbe una "**fase liquidatoria**", simile a quella successiva allo scioglimento di associazioni e società, finalizzata alla distinzione del patrimonio comune da quello personale di ciascun coniuge (con definizione dei reciproci rapporti pendenti) e prodromica alla divisione disciplinata dagli artt. 192-197 c.c. L'analogia con la procedura di liquidazione propria dei fenomeni societari consisterebbe soprattutto nella definizione dei rapporti pendenti tra i coniugi e nella ripartizione del residuo attivo e passivo di gestione: conseguentemente – al pari delle liquidazioni societarie – i coniugi dovrebbero procedere prima alla liquidazione del passivo e, quindi, alla divisione dell'attivo.

Si può obiettare, tuttavia, che, mentre la liquidazione delle enti collettivi è funzionale all'estinzione del soggetto giuridico, nel caso della comunione legale – qualora si ritenga di non aderire alle minoritarie concezioni soggettivistiche in materia – la definizione dei rapporti giuridici pendenti e la ripartizione dell'attivo potrebbero, in concreto, non corrispondere all'interesse economico dei coniugi. Perché mai, ad esempio, occorrerebbe estinguere i contratti di somministrazione relativi all'abitazione familiare, al solo scopo di definire le passività esistenti fino alla data di scioglimento della comunione legale, quando nell'immobile continui a vivere parte del nucleo familiare?

A ciò deve aggiungersi che la redazione di un vero e proprio *bilancio patrimoniale della comunione* appare di per sé come un delicato (e non semplice) incombente (tale da richiedere comunque l'ausilio di un tecnico), che potrebbe rivelarsi, alla luce di una prassi applicativa in tal senso, un idoneo deterrente per la stessa adozione del regime patrimoniale legale. Inoltre – come già in precedenza accennato – anche la condizione successiva allo scioglimento è reversibile, con la conseguente possibilità che la fase di liquidazione possa ripetersi più di una volta anche con riguardo al medesimo rapporto coniugale.

4) Altra tesi è sostenuta, infine, da coloro che disattendono la qualificazione della comunione legale come figura di "contitolarità di diritti" (§ 1) e che affermano che l'adozione di siffatto regime patrimoniale non comporta deroghe in ordine alla *titolarità* dei beni acquisiti nella massa patrimoniale ai sensi dell'art. 177 c.c. (che permane in capo a colui che individualmente abbia compiuto l'acquisto), ma soltanto sul piano della legittimazione all'esercizio di diritti e facoltà (che – ai sensi e nei limiti dell'art. 180 c.c. – spetta, invece, a ciascun coniuge con riguardo ai beni dell'altro). Secondo questa prospettiva, è possibile ritenere che gli effetti dello scioglimento consistano semplicemente nella cessazione del regime amministrativo sancito dagli artt. 180-184 c.c. e nel **ripristino del principio ordinario di coincidenza tra *titolarità del diritto* e *potere di amministrazione***.

Per stabilire, allora, quali siano le regole di amministrazione applicabili dopo lo scioglimento, con riguardo ai singoli beni della comunione legale, occorre constatare quale dei coniugi sia il "titolare" del diritto (nel senso di "soggetto che ha compiuto l'acquisto") su ciascun bene e riconoscere esclusivamente a quest'ultimo il potere di compiere gli atti di amministrazione. Conseguentemente, le norme sull'amministrazione della comunione ordinaria possono trovare applicazione, in seguito allo scioglimento, soltanto con riguardo ai beni acquistati dai coniugi congiuntamente ed oggetto, pertanto, di contitolarità ordinaria tra i coniugi stessi (*ex* art. 1100 c.c.). Al contrario, i beni oggetto di proprietà individuale da parte di ciascun coniuge vengono ad essere disciplinati dalle norme ordinarie della proprietà o del diverso diritto reale ad essi inerente.

Ciò non comporta affatto una sorta di *divisione automatica* del patrimonio in comunione legale – nel senso che ciascun coniuge divenga immediatamente titolare esclusivo dei beni da lui acquistati separatamente – considerato che il riconoscimento del potere amministrativo non interferisce in alcun modo con la costituzione definitiva della massa e con le conseguenti operazioni divisionali idonee ad incidere proprio sulla titolarità dei singoli beni.

Se, ad esempio, in costanza di comunione legale, il coniuge non acquirente è legittimato agli atti di amministrazione ordinaria (come il compimento di piccole riparazioni) anche relativi a beni intestati esclusivamente all'altro (ma compresi nella comunione legale), per effetto dello scioglimento, egli perde tale legittimazione, che deve essere riconosciuta unicamente al coniuge intestatario e titolare del diritto.

La prevedibile obiezione, secondo cui in tal modo – riconoscendo, cioè, in seguito allo scioglimento, il **potere amministrativo sui cespiti della comunione legale** al solo coniuge acquirente-intestario del diritto – si lederebbe il principio di eguaglianza e di parità contributiva tra coniugi, mortificando, nel momento della cessazione del regime patrimoniale legale, la *ratio* stessa del sistema di attribuzione comunitaria degli acquisti, non ha fondamento.

Da una parte, occorre considerare che la regola dell'attribuzione comunitaria (art. 177 c.c.) non incide sulla possibilità di compiere gli acquisti congiuntamente o disgiuntamente, sicché i coniugi che volessero, nella prospettiva di un eventuale scioglimento, garantirsi la comune amministrazione, potrebbero pur sempre compiere congiuntamente tutti gli acquisti in vigenza di comunione legale.

Dall'altra, il riconoscimento del potere amministrativo al solo coniuge intestatario non pregiudica in alcun modo i pari diritti dei coniugi in sede di divisione della comunione legale, con la conseguenza che il bene amministrato solitariamente, ad esempio, dal marito subito dopo lo scioglimento, ben può essere attribuito, all'esito della divisione, esclusivamente alla moglie.

Dinanzi, poi, al rischio che le pretese del coniuge non intestatario possano essere pregiudicate da futuri atti di disposizione, compiuti dal coniuge-intestatario *dopo* lo scioglimento ma *prima* della divisione, sarà consentito ricorrere all'ordinario rimedio cautelare del sequestro conservativo dei beni intestati all'altro coniuge, a tutela del credito all'ottenimento di siffatti beni nell'ambito della divisione.

Infine, una simile ripartizione del potere amministrativo sui beni della disciolta comunione legale, da una parte, tutela adeguatamente la libertà di traffico e l'affidamento dei terzi e, dall'altra, può fornire ai coniugi l'opportuno stimolo alla pronta definizione (consensuale o giudiziale) delle questioni divisorie della massa patrimoniale.

Con riguardo, poi, alla **responsabilità patrimoniale dei coniugi** dopo lo scioglimento della comunione legale, si tratta di stabilire *se* e *in quali limiti* continuino ad operare le previsioni normative degli artt. 186-190 c.c. A tale riguardo, deve osservarsi che la "comunione legale", intesa quale massa patrimoniale costituita nella vigenza delle regole acquisitive degli artt. 177-179 c.c., non viene meno per effetto del mero scioglimento, ma sopravvive fino al compimento delle operazioni di divisione e l'attribuzione dei singoli beni all'uno o all'altro coniuge. Per questa ragione, si può affermare, pertanto, che – limitatamente ai creditori per titolo anteriore alla causa di scioglimento – il peculiare regime di responsabilità patrimoniale, sancito dalle norme degli artt. 186-190 c.c., permanga fino all'effettiva divisione dei beni tra coniugi.

Dopo lo scioglimento, tuttavia, non è più concepibile che un successivo creditore possa ascriversi nella categoria dei creditori *della comunione legale* e, pertanto, la più estesa garanzia patrimoniale generica (che consente al creditore della comunione di aggredire anche, nei limiti dell'art. 190 c.c., i beni personali del coniuge non contraente) non vale in favore dei creditori per titolo *posteriore* allo scioglimento.

6.1. Le singole cause di scioglimento

Le cause di scioglimento possono essere suddivise tra quelle che si ricollegano direttamente alla *cessazione del vincolo matrimoniale o della semplice convivenza* (dichiarazione di assenza, morte presunta di uno dei coniugi, annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, separazione personale) e quelle che si riferiscono, invece, a vicende attinenti all'*attività economico-patrimoniale* dei coniugi (separazione giudiziale, mutamento convenzionale del regime patrimoniale e fallimento di uno dei coniugi).

L'elencazione dell'art. 191 c.c. deve ritenersi **tassativa**.

All'indomani dell'entrata in vigore della riforma, si era sostenuto che, tra le cause di scioglimento della comunione legale, dovesse essere compresa la **separazione di fatto** tra i coniugi, considerato che essa rappresentava, specie per le coppie meno agiate, la "via tipica" per far cessare definitivamente la convivenza ed ogni rapporto coniugale.

La tesi è stata disattesa, tuttavia, dalla maggioranza degli autori, in base alla considerazione di come l'evoluzione del costume abbia portato ad una diffusa consapevolezza dei mezzi legali preposti allo scioglimento del matrimonio o, comunque, alla cessazione della convivenza coniugale.

Alla medesima soluzione è pervenuta, altresì, la giurisprudenza di legittimità (Cass., 7 maggio 1987, n. 4235), la quale ha precisato, inoltre, che la separazione di fatto non costituisce neppure situazione idonea ad impedire l'insorgenza della comunione legale, se esistente nel periodo transitorio 20 settembre 1975-15 gennaio 1978 (sia che abbia avuto inizio in data anteriore all'entrata in vigore della legge di riforma, sia che abbia avuto inizio dopo tale momento).

Deve escludersi, altresì, che le **altre procedure concorsuali** disciplinate dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267, diverse dal fallimento – concordato preventivo (con cessione dei beni o con garanzie) e amministrazione controllata – costituiscano cause di scioglimento della comunione legale.

Le singole cause di scioglimento della comunione legale sono le seguenti.

a) ***Morte di uno dei due coniugi***

Si tratta di un'ipotesi direttamente desumibile dall'art. 191 c.c., che – nel menzionare la fattispecie dello scioglimento del matrimonio – richiama implicitamente il contenuto dell'art. 149 c.c.

La morte del coniuge, che costituisce una causa di scioglimento evidentemente *irreversibile*, determina la cessazione automatica e con effetti *ex nunc* del regime legale, ma l'opponibilità ai terzi – che contraggano obbligazioni col coniuge superstite facendo affidamento sulla permanenza del regime di comunione legale – è subordinata all'iscrizione dell'atto di morte nei registri dello stato civile (art. 71, d.p.r. n. 396 del 2000).

Nell'ipotesi di comunione ereditaria tra coniuge ed altri eredi, il coniuge superstite non ha il diritto di pretendere immediatamente *iure proprio*, nei confronti dei terzi, al momento dello scioglimento della comunione legale, la metà di ogni somma di denaro residua di pertinenza del coniuge defunto, in quanto l'individuazione del singolo bene o del cespite, oggetto del diritto del coniuge superstite, in comunione con gli altri eredi, può aversi soltanto nell'ambito dell'operazione di divisione dell'intera massa caduta in comunione, che dovranno necessariamente svolgersi nel contradditorio con gli altri coeredi prima della divisione della comunione ereditaria.

b) ***Dichiarazione di assenza o di morte presunta***

La dichiarazione di assenza – a differenza di quella di morte presunta – non restituisce al coniuge lo stato libero, ma rappresenta, tuttavia, una causa di allentamento del vincolo, legata ad una situazione potenzialmente prolungata: si comprende, dunque, come il legislatore abbia ritenuto di includerla tra le cause di scioglimento della comunione legale, anche allo scopo di chiarire che gli atti (di acquisto e di assunzione di obbligazioni) compiuti dal coniuge presente, in costanza dell'assenza dell'altro, hanno effetti soltanto sul patrimonio personale di chi li compie.

La declaratoria di assenza o di morte presunta producono **effetti** a far tempo dal giorno a cui risale l'ultima notizia, indicata dal giudice nella sentenza.

Il **ritorno** o la **prova dell'esistenza** dell'assente o del dichiarato morto presunto (art. 56 c.c., art. 66 c.c.) fanno cessare gli effetti dell'emanata sentenza e, tra questi, anche la cessazione della comunione legale.

L'**accertamento dell'esatto tempo della morte** – compiuto ai sensi dell'art. 67 c.c. – determina l'automatico spostamento della data di apertura della successione e di quella di scioglimento del regime patrimoniale, con ogni conseguente effetto in ordine ai soggetti beneficiari della devoluzione ereditaria ed alla formazione e consistenza del patrimonio oggetto di comunione legale.

c) ***Scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio***

La cessazione della comunione legale decorre dal giorno dell'**annotazione della sentenza** a margine dell'atto di matrimonio, così come stabilito dall'art. 10, 2° comma, l. n. 898 del 1970, che espressamente indica la predetta formalità come *dies a quo* di "tutti gli effetti civili".

Lo scioglimento del matrimonio civile e la cessazione degli effetti civili di quello concordatario determinano l'estinzione del regime di comunione legale soltanto quando siano pronunciati per causa diversa dalla pregressa separazione personale [art. 3, n. 2 lett. *b*), l. n. 898 del 1970), che già di per sé rappresenta causa di scioglimento della comunione legale.

Anche nell'ipotesi di pregressa separazione personale, pur essendosi già sciolto il regime patrimoniale, non sono escluse interferenze con la disciplina della comunione legale. Da una parte, i coniugi possono, in sede di divorzio, definire, in tutto o in parte, le questioni divisorie connesse allo scioglimento. Dall'altra, la valutazione del "contributo personale ed economico" di ciascun coniuge "alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune", ai fini del riconoscimento e della determinazione dell'assegno di divorzio (art. 5, 6° comma, l. n. 898 del 1970), impone al giudice di non disgiungere le questioni patrimoniali strettamente conseguenti all'estinzione del rapporto coniugale dalle decisioni dei coniugi relative alla divisione della comunione legale.

d) ***L'annullamento del matrimonio***

Il problema di stabilire se il regime di comunione legale – che certamente non sarà più in vigore dopo il passaggio in giudicato della sentenza di nullità – abbia mai operato tra i coniugi nel periodo tra *la data di celebrazione del matrimonio* e *la declaratoria di accoglimento dell'impugnazione* può essere risolto in applicazione del principio sancito dall'art. 128 c.c. L'annullamento, quindi, determina lo scioglimento della comunione legale nella sola ipotesi di **matrimonio putativo**.

Tuttavia, sorge in tal caso l'ulteriore problema di stabilire se la soluzione possa valere solo in relazione al matrimonio putativo bilaterale, oppure anche per il caso di matrimonio putativo per uno solo dei coniugi.

L'obiezione formulata a questo proposito – secondo cui la comunione legale deve ritenersi sussistente in ogni ipotesi di matrimonio putativo, non potendosi concepire un regime patrimoniale efficace per uno ma non per l'altro coniuge – non appare, invero, insuperabile. Gli effetti della comunione legale possono prodursi in favore del solo coniuge, che versi in situazione di buona fede, nel senso che: *a*) gli acquisti compiuti separatamente dall'altro coniuge andranno a costituire il patrimonio coniugale comune; *b*) gli acquisti compiuti separatamente dal coniuge in buona fede gioveranno, invece, al solo coniuge acquirente; *c*) gli atti di amministrazione, compiuti dal coniuge in buona fede sui beni intestati all'altro coniuge, dovranno essere considerati efficaci. Per quel che riguarda, poi, la responsabilità nei confronti dei terzi, soltanto i creditori del coniuge in buona fede potranno contare sulla garanzia delineata dalle norme sulla comunione legale (artt. 186-190 c.c.), mentre ai creditori del coniuge in mala fede – che abbiano riposto affidamento anche sui beni appartenenti all'altro coniuge, appartenenti o no alla comunione legale – residuerà l'azione di responsabilità nei confronti del coniuge loro debitore, il quale, pur conoscendo il vizio invalidante il vincolo coniugale, parimenti ha accettato di porre in essere una situazione fonte di potenziali pregiudizi per l'altro coniuge e per i terzi. In conseguenza di ciò, in seguito allo scioglimento della comunione legale, il coniuge in buona fede potrà pretendere di procedere alla divisione della comunione legale costituita dai soli beni acquistati, durante il matrimonio, dall'altro coniuge, senza pregiudizio di eventuali ragioni di danno ai sensi dell'art. 129 *bis* c.c.

L'annullamento del matrimonio scioglie la comunione legale anche quando sia pronunciato da autorità giurisdizionali straniere, ai sensi dell'art. 65, l. 31 maggio 1995, n. 218, o da tribunali ecclesiastici in seguito a delibazione del giudice italiano.

e) ***Separazione personale dei coniugi***

Si è posta, in dottrina e giurisprudenza, la questione concernente la **decorrenza degli effetti estintivi della comunione legale**.

1) Secondo un primo orientamento – maggioritario in dottrina – lo scioglimento del regime patrimoniale retroagisce *al momento della notificazione del ricorso introduttivo del giudizio* (o del suo deposito in cancelleria in caso di separazione consensuale richiesta congiuntamente dai coniugi), e ciò per l'esigenza di evitare la vigenza della comunione legale anche in seguito alla cessazione della convivenza coniugale.

2) Da un altro punto di vista, si afferma che il regime di comunione legale si scioglie *con la pronuncia, da parte del Presidente del Tribunale, dell'ordinanza ex art. 708 c.p.c.*, che autorizza i coniugi a vivere separati.

3) Secondo l'orientamento adottato, invece, dalla Suprema Corte, l'estinzione del regime di comunione legale decorre soltanto *dalla data del passaggio in giudicato della sentenza di separazione giudiziale o da quella del decreto di omologazione di separazione consensuale*.

Tale soluzione merita di essere condivisa, in quanto più aderente allo spirito del sistema normativo in materia di rapporti tra coniugi, secondo cui, prima del provvedimento giudiziario conclusivo, manca un accertamento formale definitivo della cessazione dell'obbligo di convivenza e di reciproca collaborazione. A ciò si aggiunge la considerazione che nulla impedisce ai coniugi – che volessero sottrarre, all'acquisizione in favore del patrimonio coniugale comune, gli acquisti

compiuti dopo la cessazione della convivenza – di adottare una convenzione matrimoniale di passaggio al regime di separazione dei beni ovvero di proporre, sussistendone gli specifici requisiti, una domanda di separazione giudiziale dei beni.

Le conclusioni accolte dai giudici di legittimità sono conformi a quanto ritenuto, inoltre, dalla Corte costituzionale (ord. 7 luglio 1988, n. 795, relatore Mengoni), che ha dichiarato inammissibile, prima ancora che infondata, la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 191 c.c. nella parte in cui non contempla i provvedimenti *ex* art. 708 c.p.c. quali cause di scioglimento della comunione legale. Secondo la Corte, infatti, il carattere temporaneo del provvedimento presidenziale impedisce qualsivoglia equiparazione della situazione dei coniugi *provvisoriamente autorizzati* a vivere separati a quella dei coniugi *legalmente separati*, con la conseguenza che l'accoglimento della questione, da parte del giudice delle leggi, postulerebbe una sentenza introduttiva, nella disciplina della comunione legale dei beni, di un nuovo istituto normativo.

La soluzione esposta lascia irrisolto il problema dei possibili rimedi, esperibili dal coniuge che, nelle more del giudizio di separazione, intenda impedire all'altro la dilapidazione o l'occultamento dei *frutti* e *proventi* [di cui all'art. 177, lett. *b*) e *c*), c.c.], costituenti potenziale oggetto di comunione *de residuo*. Si può immaginare, infatti, che ciascun coniuge – al malevolo fine di non far computare i predetti beni all'interno del patrimonio comune dopo lo scioglimento del regime patrimoniale – si adoperi, prima della definitiva pronuncia di separazione, per sottrarre alla divisione *ex* art. 194 c.c. quei beni che, *medio tempore*, si trovano ancora nella sua totale disponibilità.

Sul punto, la giurisprudenza nega l'ammissibilità della richiesta di sequestro conservativo, argomentando nel senso che, prima dello scioglimento della comunione legale, ciascun coniuge ha solo un'*aspettativa di fatto* e non un diritto soggettivo in relazione ai beni dell'altro coniuge suscettibili di divenire comuni. E la conclusione pare condivisibile, atteso che, altrimenti, la misura cautelare conservativa dovrebbe poter essere concessa anche prima dell'instaurazione del giudizio di separazione, *manente communione*, nei confronti del coniuge che utilizzi liberamente i frutti dei beni personali e i proventi dell'attività separata, con conseguente palese violazione della previsione normativa, che riconosce a ciascun coniuge la libera disponibilità delle predette utilità fino al momento di cessazione del regime patrimoniale di comunione.

D'altra parte – così configurando l'istituto della comunione *de residuo* – il legislatore non può aver ignorato l'implicazione pratica della possibile dolosa sottrazione, da parte del coniuge, dei risparmi personali (provenienti, per lo più, dall'attività lavorativa) in prossimità del perfezionarsi della causa di scioglimento. Ma, avuto riguardo alla problematica in esame – del *dies a quo* dello scioglimento della comunione in seguito a separazione personale – non si può affermare che la retroattività della pronuncia di separazione alla data di presentazione o notificazione del ricorso, o l'indicazione dell'udienza presidenziale come momento di decorrenza dell'effetto estintivo, costituiscano idonei rimedi per la conservazione della comunione *de residuo*: l'unico prevedibile effetto sarebbe, infatti, soltanto quello di anticipare il compimento di atti maliziosi da parte dei coniugi fin dal periodo della crisi del rapporto coniugale.

f) ***La separazione giudiziale dei beni***

A questa causa di scioglimento, il legislatore ha riservato una specifica regolamentazione proprio all'interno della disciplina sulla comunione legale (art. 193 c.c.). La previsione normativa consiste nell'elencazione di una serie di situazioni (personali e patrimoniali) – *interdizione, inabilitazione, cattiva amministrazione della comunione, disordine degli affari, condotta di pericolo verso gli interessi dell'altro coniuge o della comunione o della famiglia, mancata contribuzione ai bisogni della famiglia in misura proporzionale alle proprie sostanze e capacità di lavoro* – caratterizzanti la condotta di uno dei coniugi, in presenza delle quali è consentito ai coniugi stessi (o ai loro rappresentanti legali) di richiedere giudizialmente il passaggio dal regime di comunione a quello di separazione dei beni.

Il fondamento dell'istituto è stato esattamente rinvenuto nella volontà legislativa di tutelare l'interesse di ciascuno dei coniugi a liberarsi dal vincolo della comunione legale, quando, in presenza dell'impossibilità di una corretta amministrazione o di una grave situazione di conflittua-

lità, si manifesti tra i coniugi un insanabile disaccordo non solo sul modo di gestire il patrimonio comune, ma anche sull'opportunità di chiedere un mutamento convenzionale del regime patrimoniale legale.

Tra le cause di separazione giudiziale dei beni – che l'opinione prevalente (e preferibile) considera tassative – alcune (**interdizione** e **inabilitazione**) presentano un'evidenza obiettiva e documentabile, mentre le altre richiedono un'apposita attività istruttoria ed un'attenta valutazione giudiziale.

Con riguardo a queste ultime, occorre costatare, anzitutto, la possibile coincidenza concettuale tra la **cattiva amministrazione**, idonea a legittimare la richiesta di esclusione del coniuge dall'amministrazione (art. 183 c.c.) e quella costituente presupposto della domanda di separazione dei beni (art. 193 c.c.). Il compimento di atti di amministrazione, concretamente lesivi della consistenza del patrimonio coniugale o della produttività o valore di singoli beni, pone il coniuge dinanzi all'alternativa tra la richiesta della mera esclusione dell'altro coniuge dal potere di amministrazione dei beni in comunione legale e la domanda di separazione giudiziale dei beni.

A loro volta, le cause elencate dal 2° comma della norma – **disordine degli affari**, **condotta di pericolo verso gli interessi dell'altro coniuge o della comunione o della famiglia**, **mancata contribuzione ai bisogni della famiglia in misura proporzionale alle proprie sostanze e capacità di lavoro** – attengono ad aspetti, che possono anche esulare dalla gestione del patrimonio coniugale e riguardare, invece, l'amministrazione dei beni personali del coniuge.

Con specifico riferimento alla mancata contribuzione ai bisogni della famiglia, si è osservato che, nella misura in cui tale comportamento costituisca violazione dell'art. 143, 3° comma, c.c., la separazione dei beni non costituisce di per sé un rimedio. L'interesse protetto, pertanto, è, in tal caso, quello personale dell'altro coniuge, che voglia evitare di continuare a partecipare ad una comunione, che si alimenta soltanto del suo contributo.

La **legittimazione** a richiedere la separazione giudiziale dei beni spetta anche al coniuge cui la causa si riferisce. Il tutore del coniuge-interdetto, infatti – stante l'esclusione *ope legis* dell'interdetto dall'amministrazione della comunione legale – può avere interesse a richiedere il passaggio al regime di separazione dei beni, con conseguente divisione del patrimonio coniugale comune.

Deve escludersi, invece, che possano essere i creditori dei coniugi a richiedere la separazione giudiziale, posto che il diritto dei coniugi a vivere in un determinato regime patrimoniale è personalissimo e comprende, altresì, il potere di mutare in ogni momento tale regime, per effetto di convenzione.

La domanda di separazione dei beni – qualora la comunione legale comprenda beni immobili – può essere trascritta, ai sensi dell'art. 2653, n. 4, c.c. Il passaggio in giudicato della **sentenza** di accoglimento della domanda ha l'effetto di instaurare il regime di separazione dei beni *dal giorno in cui è stata proposta la domanda*. La retroattività, tuttavia, opera soltanto tra i coniugi; la legge, infatti, fa espressamente salvi i diritti dei terzi, nei cui confronti la separazione dei beni non sia opponibile per effetto della trascrizione ai sensi dell'art. 2653, n. 4, c.c. Pertanto, l'acquisto del bene immobile oggetto di comunione legale, compiuto dal terzo avente causa di uno solo dei coniugi, non sarà opponibile nei confronti dell'altro coniuge, ove l'atto sia trascritto dopo la trascrizione della domanda di separazione giudiziale dei beni.

g) ***Il mutamento convenzionale del regime patrimoniale***

I coniugi possono decidere di abbandonare il regime di comunione legale e di passare a quello di **separazione dei beni**. Non producono lo scioglimento della comunione legale né la costituzione del **fondo patrimoniale** né la costituzione di un'**impresa familiare**. Quanto alla **comunione convenzionale**, la relativa convenzione è definita espressamente dalla legge come "modificativa" della comunione legale: essa, dunque – qualora sia stipulata da coniugi in regime patrimoniale legale – non determina lo scioglimento *ex* art. 191 c.c., a prescindere dal suo contenuto.

h) ***Il fallimento di uno dei coniugi***

Quando sia dichiarato il fallimento di uno dei coniugi, l'esigenza della formazione e gestione di una massa di beni, funzionale al soddisfacimento dei creditori, ha indotto il

legislatore a sancire l'automatico scioglimento della comunione legale, tanto al fine di procedere all'individuazione di quella parte del patrimonio coniugale da comprendere nell'attivo fallimentare, quanto per evitare ogni possibile interferenza tra le norme sulla comunione legale (specie in tema di acquisti e responsabilità patrimoniale) e la disciplina della legge fallimentare.

Lo scioglimento si verifica, quindi, sia quando il fallimento coinvolga uno dei coniugi in quanto imprenditore o socio illimitatamente responsabile, sia quando concerna entrambi i coniugi, ciascuno per ragioni individuali o perché esercenti in comune un'attività d'impresa [art. 177, lett. *d*) e 2° comma, c.c.].

6.2. La pubblicità delle cause di scioglimento

Nei casi di cessazione della comunione legale, vi è l'esigenza di tutela dei terzi, che si trovino a compiere attività negoziale con uno dei coniugi. Mentre ai creditori per titolo anteriore allo scioglimento si applica il regime previsto dagli artt. 186-190 c.c., ai creditori per titolo posteriore è applicabile il principio generale, in virtù del quale il debitore risponde per l'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.).

Con riguardo alle diverse fattispecie di scioglimento sono previste forme di pubblicità, che consentono ai terzi di apprendere la cessazione del regime patrimoniale legale.

L'art. 71, d.p.r. n. 396 del 2000 (ord. st. civ.) prevede – come si è detto (§ 6.1) – l'iscrizione degli atti di morte.

L'art. 69 ord. st. civ., a sua volta, prevede che negli atti di matrimonio si fa annotazione:

— delle convenzioni matrimoniali e delle relative modificazioni (lett. *b*);

— delle sentenze di separazione giudiziale dei beni (lett. *b*);

— delle sentenze di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (lett. *d*);

— delle sentenze che dichiarano efficace nello Stato la pronuncia straniera di nullità o di scioglimento del matrimonio (lett. *d*);

— delle sentenze che dichiarano efficace nello Stato la pronuncia dell'autorità ecclesiastica di nullità del matrimonio (lett. *d*);

— delle sentenze che pronunciano la separazione personale dei coniugi o l'omologazione di quella consensuale (lett. *d*);

— delle sentenze dichiarative di assenza o di morte presunta di uno degli sposi (lett. *g*);

— delle sentenze che dichiarano la nullità del matrimonio (*ex* art. 68, 3° comma, lett. *b*).

Il problema della pubblicità della causa di scioglimento della comunione legale si pone anche in caso di fallimento di uno dei coniugi, ma non può essere considerata sufficiente l'annotazione della sentenza di fallimento presso l'ufficio del registro delle imprese (art. 17 l. fall.), né la trascrizione dell'estratto della sentenza nei registri dei beni immobili o dei mobili registrati (art. 88, 2° comma, l. fall.). Parte della giurisprudenza e della dottrina ritengono, pertanto, che l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio debba essere ordinata dall'autorità giudiziaria su ricorso dell'altro coniuge o del curatore (art. 102 ord. st. civ.).

6.3. La reversibilità delle cause di scioglimento: in particolare, la riconciliazione dei coniugi

Con riferimento ad alcune cause di scioglimento della comunione legale si pone il problema della possibile caducazione dei loro effetti e del conseguente ripristino del regime patrimoniale legale.

Riguardo all'assenza ed alla dichiarazione di morte presunta, il ritorno o la prova dell'esistenza rispettivamente dell'assente o del dichiarato morto presunto (art. 56 c.c., art. 66 c.c.) fanno cessare gli effetti della sentenza e determinano l'automatico ripristino del regime di comunione legale, salvo il compimento, per l'opponibilità ai terzi, delle previste formalità pubblicitarie [art. 69, lett. *g*), ord. st. civ.].

Nel caso di mutamento convenzionale, l'accertamento dell'eventuale invalidità della convenzione determina il ripristino del precedente regime.

Anche in caso di revoca o di chiusura del fallimento si verifica l'automatico ripristino del regime patrimoniale legale.

Nel caso di separazione personale tra coniugi, gli effetti cessano in seguito alla **riconciliazione tra i coniugi**, che può consistere in un'*espressa dichiarazione* resa dai coniugi, o in un *comportamento non equivoco che sia incompatibile con lo stato di separazione* (art. 157 c.c.).

La dichiarazione espressa di riconciliazione è valida anche se resa in forma diversa da quella scritta, ma è certo che solo la forma scritta attribuisce certezza ad un fatto giuridico di tale rilevanza. La rinnovata efficacia del vincolo coniugale necessita, in tal caso, di un'adeguata forma pubblicitaria, a tutela dei coniugi e dei terzi; sicché l'art. 69, lett. *f*), ord. st. civ., ha previsto opportunamente l'annotazione della dichiarazione dei coniugi a margine dell'atto di matrimonio, in seguito alla quale la ricostituzione del regime di comunione legale è opponibile a terzi.

La riconciliazione dei coniugi separati si attua, però – assai più frequentemente – attraverso un comportamento concludente incompatibile con lo stato di separazione. In tal caso, vi è la difficoltà di individuare con certezza l'*an* ed il *dies a quo* della cessazione degli effetti della separazione personale. Per tale ragione, parte della dottrina afferma che, per ripristinare la comunione legale, occorre che i coniugi stipulino un'apposita convenzione matrimoniale. Ma la giurisprudenza afferma (correttamente) che, alla cessazione degli effetti della separazione personale, consegue la reviviscenza automatica del regime patrimoniale già vigente tra i coniugi, che non sarà opponibile, però – in difetto di annotazione *ex* art. 69, lett. *f*), ord. st. civ. – nei confronti dei terzi di buona fede (i quali ignorino, cioè, il fatto della avvenuta riconciliazione).

La reviviscenza del regime di comunione legale opera, ovviamente, *ex nunc* dal momento della riconciliazione e, quindi, della cessazione degli effetti della separazione personale. Gli eventuali acquisti, compiuti da ciascun coniuge nel periodo compreso tra la pronuncia di separazione e la riconciliazione, non possono essere compresi nell'ambito del patrimonio coniugale e costituiscono, pertanto, beni personali, al pari di quelli di cui i coniugi erano titolari prima del matrimonio. Delle obbligazioni contratte nel medesimo periodo, ciascun coniuge risponderà personalmente ed esclusivamente con i proprio beni, senza che il creditore possa invocare la responsabilità dell'altro coniuge per le ragioni e nei limiti di cui agli artt. 186-190 c.c.

6.4. Lo scioglimento della comunione legale limitatamente all'azienda coniugale

L'art. 191, 2° comma, c.c., attribuisce ai coniugi il potere di sancire lo scioglimento della comunione legale limitatamente all'azienda gestita da entrambi e costituita dopo il

matrimonio [art. 177, lett. *d*), c.c.], mediante un accordo stipulato nella forma dell'atto pubblico notarile che, per essere opponibile ai terzi, deve essere annotato a margine dell'atto di matrimonio (art. 162 c.c.).

Circa le **ragioni**, che possono aver indotto il legislatore a riconoscere e disciplinare l'interesse dei coniugi (che intendano, per il resto, essere sottoposti alle regole della comunione legale) ad escludere, limitatamente all'azienda coniugale, l'operatività del regime patrimoniale legale, occorre richiamare la controversa questione concernente la disciplina normativa applicabile all'azienda cogestita dai coniugi.

Secondo un primo orientamento dottrinale, la gestione comune dell'azienda da parte di entrambi i coniugi configurerebbe un rapporto societario di fatto, cui dovrebbe applicarsi, trattandosi di impresa commerciale, la disciplina della società in nome collettivo.

Da diverso punto di vista, si sostiene, invece, che l'azienda coniugale rappresenterebbe una fattispecie *sui generis*, cui sarebbe integralmente applicabile la disciplina della comunione legale.

Quest'ultima soluzione appare certamente preferibile, sia perché fondata su sicuri indici normativi (artt. 181, 182, 2° comma e 191, 2° comma, c.c.), sia perché fa salva la volontà dei coniugi di costituire un rapporto societario mediante scioglimento della comunione legale limitatamente all'azienda coniugale

Il riconoscimento di meritevolezza della volontà coniugale di regolare l'impresa coniugale in conformità alla disciplina societaria costituisce, pertanto, la *ratio* della norma in esame, dalla quale – secondo l'opinione preferibile – discende quindi, come inevitabile corollario, la necessità per i coniugi di ricorrere, ogniqualvolta intendano gestire l'attività imprenditoriale secondo lo schema della società di persone, all'estromissione dell'azienda dalla comunione legale.

6.5. La divisione dei beni

La divisione dei beni costituisce la fase successiva allo scioglimento della comunione legale, nella quale i coniugi ripartiscono fra loro i beni acquistati secondo il regime legale durante la vita coniugale [art. 177, lett. *a*) e lett. *d*), c.c.] e per effetto del suo scioglimento [artt. 177, lett. *b*) e lett. *c*), 177, 2° comma e 178 c.c.].

L'operazione preliminare alla divisione della comunione legale consiste nell'esatta distinzione dei beni appartenenti al patrimonio comune da quelli personali dei coniugi, ai fini dell'individuazione e formazione della massa.

All'uopo, assume significativo rilievo la previsione normativa dell'art. 195 c.c., che attribuisce a ciascun coniuge (o ai loro eredi) il **diritto di prelevare i beni mobili**, che appartenevano ai coniugi stessi prima della comunione o ad essi pervenuti durante la medesima per successione o donazione (ma la norma è pacificamente estensibile a tutte le categorie di beni personali previste dall'art. 179 c.c.). Qualora tra i coniugi insorga controversia in ordine alla natura personale di tali beni, opera la **presunzione di appartenenza** dei beni stessi alla comunione legale.

Per quanto prevista soltanto in tema di divisione, la presunzione di appartenenza alla comunione legale dei beni mobili non registrati costituisce un **principio generale** ed è, pertanto, applicabile in ogni controversia nella quale, tra coniugi o tra coniugi e terzi, si contesti o si affermi la natura personale o "comunitaria" di determinati beni.

La presunzione di appartenenza alla comunione legale opera anche in relazione al **denaro** che, al momento dello scioglimento, si trovi nella disponibilità, individuale o congiunta, dei coniugi.

La presunzione di appartenenza alla comunione legale non si applica ai **beni immobili** ed ai **beni mobili registrati**.

Il successivo **art. 196 c.c.** – secondo cui *se non si ritrovano i beni mobili, che il coniuge o i suoi eredi hanno diritto di prelevare a norma dell'articolo precedente, essi possono ripeterne il valore, provandone l'ammontare anche per notorietà, salvo che la mancanza di quei beni sia dovuta a consumazione per uso o perimento o per altra causa non impu-*

tabile all'altro coniuge – costituisce una mera svista legislativa. Il legislatore, infatti, riproducendo pedissequamente il testo del vecchio art. 229 c.c., limitandosi ad attribuire ad entrambi i coniugi (anziché – come nel testo del vecchio art. 229 c.c. – soltanto alla moglie) il diritto di ripetere dalla comunione il valore delle cose mobili personali che non si rinvengano, ha omesso di considerare che il vigente regime di comunione legale non contempla più quel diritto dei coniugi di usare i beni personali dell'altro, che, prima della riforma, giustificava il dovere del marito (amministratore unico della comunione) di rispondere della perdita dei beni mobili della moglie, che non fosse imputabile a consumazione per uso o a perimento per altra causa.

Considerazioni in parte analoghe possono essere svolte con riguardo alla norma dell'**art. 197 c.c.**, che stabilisce che il prelevamento autorizzato dai due articoli precedenti non possa compiersi, in pregiudizio dei terzi, qualora la proprietà individuale dei beni non risulti da atto avente data certa. Tale disposizione di legge riproduce, ancora una volta, il contenuto dell'abrogato art. 230 c.c. che trovava, all'epoca, il proprio referente sistematico nell'art. 622 c.p.c. Quest'ultima norma vietava alla moglie del debitore il diritto di proporre opposizione di terzo all'esecuzione forzata, promossa dal creditore sui beni mobili rinvenuti nella casa coniugale, tranne che per i beni dotali o per quelli che ella provasse, con atto di data certa, esserle appartenuti prima del matrimonio o esserle pervenuti per donazione o successione a causa di morte. Sennonché, espunta dall'ordinamento la norma dell'art. 622 c.p.c. in seguito a pronuncia di incostituzionalità (Corte cost. 15 dicembre 1967, n. 143), il legislatore della riforma avrebbe dovuto coerentemente omettere di riprodurre una simile previsione, la quale – pur non discriminando tra le posizioni giuridiche del marito e della moglie – introduce un'illogica limitazione della libertà di prova dei diritti dei coniugi nei confronti dei terzi.

La seconda parte della norma attribuisce, poi, al coniuge proprietario (o dei suoi eredi) – nell'ipotesi in cui questi sia riuscito a dimostrare la natura personale di un determinato bene mobile nei confronti dell'altro coniuge, ma non già nei confronti del terzo, che, pertanto, su tale bene abbia soddisfatto coattivamente la propria pretesa – il "diritto di regresso" sui beni della comunione spettanti all'altro coniuge nonché sugli altri beni di lui. È evidente che, qualora fosse ritenuta illegittima la discriminazione normativa tra limiti probatori interni ai coniugi e nei confronti dei terzi, anche tale ultima previsione non avrebbe ragion d'essere.

Dopo aver distinto i beni personali da quelli della comunione legale, la formazione della massa patrimoniale oggetto di divisione deve essere perfezionata mediante i **rimborsi** e le **restituzioni** previsti dall'art. 192 c.c.

a) In primo luogo, ciascun coniuge può pretendere dall'altro il **conferimento nella comunione legale delle somme *prelevate dal patrimonio comune per fini diversi dall'adempimento delle obbligazioni previste dall'art. 186 c.c.*** (art. 192, 1° comma, c.c.).

L'applicazione della norma deve essere limitata alle *somme di denaro* oggetto di comunione legale immediata o *de residuo*. In tale ultima ipotesi, tuttavia, l'obbligo di rimborso sorge in conseguenza dei soli atti di prelievo posti in essere dopo lo scioglimento della comunione legale, posto che, prima di tale momento – salvo l'adempimento degli obblighi primari di contribuzione familiare – ciascun coniuge può legittimamente disporre dei proventi della propria attività.

L'obbligazione costituisce debito di valuta e non di valore.

b) Il 2° comma della norma pone a carico del coniuge, che abbia compiuto atti di straordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro, l'obbligo di rimborsare il valore dei beni della comunione legale, sui quali il creditore, per le obbligazioni nascenti da tali atti, si sia soddisfatto in sede esecutiva, salvo che il coniuge-debitore riesca a dimostrare che l'atto compiuto sia stato vantaggioso per la comunione o abbia soddisfatto una necessità della famiglia.

In tal caso, l'obbligazione di rimborso configura certamente un debito di valore, per la cui quantificazione occorre avere riguardo al valore che il bene espropriato avrebbe avuto al momento dello scioglimento della comunione.

c) L'art. 192, 3° comma, c.c., prevede, infine, che ciascun coniuge possa richiedere la **restituzione delle somme prelevate dal patrimonio personale ed impiegate in spese ed investimenti del patrimonio comune**.

Per "spese" devono intendersi gli esborsi relativi ai beni comuni, finalizzati alla manutenzione ordinaria o straordinaria, ovvero ad una maggiore utilità o funzionalità della cosa.

Sono "investimenti", invece, gli impieghi di somme diretti al miglioramento o all'accrescimento del bene in comunione (si pensi alla costruzione di un edificio, realizzata su fondo oggetto di comunione legale).

L'adempimento dell'obbligazione di restituzione configura un debito di valuta e presuppone che il coniuge, che si assume creditore, abbia fornito la prova della natura personale delle somme utilizzate per le spese o gli investimenti.

Essendo la norma dell'art. 192 c.c. chiaramente rivolta a definire la consistenza patrimoniale attiva della massa oggetto di divisione, i rimborsi e le restituzioni ivi previsti devono compiersi, di regola, in sede di divisione della comunione legale, ma il 4° comma della norma prevede che il giudice possa autorizzarli in un momento anteriore se l'interesse della famiglia lo esige o lo consente.

Per l'ipotesi in cui uno dei coniugi – all'esito dei conteggi di rimborsi e restituzioni, previsti dai primi tre commi dell'art. 192 c.c. – risulti creditore, il 5° comma stabilisce, a sua volta, che questi possa chiedere di prelevare beni della comunione legale sino alla concorrenza del proprio credito. In caso di dissenso circa i beni da prelevare, il prelievo si effettua dapprima sul denaro, quindi sui beni mobili ed infine sugli immobili, rimettendo in ogni caso al giudice la soluzione della controversia tra coniugi (anche relativa al diritto stesso del coniuge di procedere al prelievo).

L'art. 194 c.c. stabilisce l'**obbligo di ripartire in parti eguali l'attivo e il passivo**, senza ulteriori specificazioni in ordine alle modalità e ai tempi della divisione. Trattandosi di dividere non già singoli beni determinati, bensì un patrimonio composito, costituito da beni di diversa natura, la fattispecie presenta significative analogie con la comunione ereditaria, le cui norme sono, in linea di massima, analogicamente applicabili.

I coniugi possono procedere, anzitutto, a **divisione contrattuale**, anche in sede di separazione consensuale, laddove la giurisprudenza afferma la validità degli atti di reciproca attribuzione di diritti su beni anche immobili: un siffatto accordo, invero, in quanto inserito nel verbale di udienza, assume forma di atto pubblico e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo l'omologazione che lo rende efficace, titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 c.c.

In mancanza di accordo, ciascun coniuge può azionare il proprio diritto di ottenere la **divisione giudiziale** nell'ordinario termine decennale di prescrizione, proponendo domanda avanti al tribunale nelle forme del rito contenzioso ordinario.

Nel caso di scioglimento per separazione giudiziale tra coniugi, si sostiene, in giurisprudenza, che la domanda di divisione, trovando il proprio presupposto nell'evento che chiude il procedimento di separazione (passaggio in giudicato della sentenza), non possa trovare ingresso nel procedimento stesso, ma debba necessariamente essere proposta con atto successivo, per evitare che la sovrapposizione delle istanze snaturi il giudizio di separazione, ampliandone l'oggetto e sottoponendolo al rischio di lungaggini processuali contrarie alla sua *ratio*.

Quanto alla ripartizione dei **debiti** della comunione legale, la norma dell'art. 194 c.c. deve essere interpretata nel senso dell'ammissibilità di patti interni di accollo, inopponibili ai creditori che non vi prestino volontaria adesione. Rispetto ai creditori per titolo anteriore allo scioglimento, quindi, i coniugi, anche in seguito alla divisione, continuano a rispondere secondo le norme degli artt. 186-190 c.c.

L'art. 194 c.c. stabilisce che la ripartizione dell'attivo e del passivo debba essere effettuata ***in parti eguali***.

La previsione deve essere intesa come attributiva a ciascun coniuge del mero **diritto di pretendere una divisione paritaria dei beni in comunione**. Conseguentemente, deve ritenersi valida la divisione consensuale, nella quale – riconoscendo, ad esempio, il maggiore apporto economico dell'altro – uno dei coniugi accetti di ottenere in proprietà esclusiva una quota di beni inferiore alla metà del valore complessivo della massa. Le norme degli artt. 162, 3° comma e 210, 3° comma, c.c., invero, non sanciscono affatto la nullità di siffatti accordi: prevedono semplicemente che, nel momento in cui i coniugi decidono di adottare il regime di comunione legale, non è possibile derogare al principio di parità delle quote – in modo che, all'atto dello scioglimento, ciascun coniuge possa pretendere la metà dei beni coniugali – ma non impongono l'irrinunciabilità di tale diritto nel momento in cui, perfezionatasi l'ipotesi di scioglimento, si procedere alla suddivisione dei valori patrimoniali. Pertanto, al pari di qualsivoglia altro comune diritto patrimoniale, il diritto ad ottenere la metà dei beni della comunione legale può essere oggetto di rinuncia, in sede di divisione, da parte del coniuge, senza che ciò infici, sotto alcun profilo, la validità del negozio divisorio.

L'art. 194, 2° comma, c.c., attribuisce al giudice il potere di costituire in favore di uno dei coniugi, in relazione alle necessità della prole e all'affidamento di essa, l'**usufrutto su una parte dei beni spettanti all'altro coniuge**. Per effetto del provvedimento, il coniuge usufruttuario ha il diritto di godere, nell'interesse dei figli, di alcuni specifici beni compresi nel giudizio di divisione, e di trarre da essi ogni possibile utilità (art. 980 c.c.).

L'istituto in esame si colloca nell'ampio ed articolato contesto degli strumenti giuridici finalizzati alla tutela dei figli, nel contesto delle vicende che segnano la sospensione o la cessazione dell'unità familiare. La sua *ratio* consiste nell'opportunità di prevenire l'eventuale pregiudizio, che alla prole possa derivare dal contenuto delle attribuzioni patrimoniali sancite in sede di divisione della comunione legale.

La funzionalizzazione dei frutti ricavati dai beni al soddisfacimento dei bisogni della prole distingue l'usufrutto giudiziale dall'usufrutto ordinario e lo avvicina, contestualmente, all'istituto dell'usufrutto legale (art. 324 c.c.). Al pari dell'usufrutto legale, invero, l'usufrutto giudiziale è inalienabile e si estingue col raggiungimento della maggiore età da parte dei figli. Venendo meno, peraltro, le ragioni che ne avevano giustificato la costituzione, l'usufrutto giudiziale può essere, altresì, revocato dal giudice, su ricorso di uno dei coniugi.

La giurisprudenza consente la proponibilità della richiesta di usufrutto giudiziale soltanto durante la *pendenza* del giudizio di divisione giudiziale, come si evince dall'uso, da parte del legislatore, dell'espressione "beni spettanti", e non già – come presupporrebbe l'esaurimento del procedimento divisionale – beni "assegnati" o "attribuiti". Qualora il giudizio di divisione proceda, quindi, nella direzione dell'attribuzione di determinati beni ad uno dei coniugi – il quale, trasferendone a terzi la proprietà o il godimento, potrebbe compromettere gli interessi della prole – l'altro coniuge può adire il tribunale per i minorenni, il cui provvedimento, in quanto trascritto (relativamente ai beni immobili), è opponibile ai terzi.

III. LA COMUNIONE CONVENZIONALE

L'art. 210 c.c. prevede che i coniugi possano modificare il regime di comunione legale dei beni, nel rispetto di specifici **limiti di contenuto e di forma**.

Con riguardo a questi ultimi, la norma stessa rinvia allo strumento della **convenzione matrimoniale** (art. 162 c.c.). Ai fini dell'opponibilità ai terzi, la convenzione

deve essere **annotata a margine dell'atto di matrimonio** e, quando abbia ad oggetto beni immobili (nel senso precedentemente specificato), anche **trascritta** ai sensi dell'art. 2647 c.c.

Circa la **natura giuridica** della comunione convenzionale, non vi è unanimità di opinioni in dottrina.

Da una parte, si ritiene che la comunione convenzionale configuri un regime patrimoniale *autonomo* ed *alternativo* alla comunione legale: regime che i coniugi possono decidere di instaurare tra loro, esattamente alla stessa stregua della separazione dei beni, ed il cui contenuto, in conformità ai principi generali in materia negoziale (art. 1322 c.c.), può essere dai coniugi stessi liberamente determinato entro i limiti di cui agli artt. 210-211 c.c.

Dall'altra, si sostiene, invece, che la comunione convenzionale rappresenta una mera modificazione del regime legale, che il legislatore avrebbe consentito allo scopo di adeguare il modello tipico alle esigenze ed alla volontà dei coniugi, sottratti così alla rigida alternativa tra le regole di legge e l'opposto regime di separazione.

L'adesione all'una o all'altra delle esposte prospettazioni comporta conseguenze sul piano applicativo, posto che – qualificando la comunione convenzionale come regime patrimoniale autonomo ed alternativo alla comunione legale – le eventuali lacune della disciplina convenzionale non potrebbero essere colmate attraverso un'interpretazione meramente estensiva delle norme dettate per la comunione legale. Al contrario – attribuendo alla comunione convenzionale la più limitata natura di parziale adattamento del regime legale – l'applicabilità delle norme sulla comunione legale deriverebbe automaticamente dal fatto stesso che ad esse i coniugi non abbiano manifestato, in sede di convenzione, la volontà di derogare.

L'istituto non ha, tuttavia, una significativa diffusione nella prassi.

Per quel che concerne il **contenuto**, la comunione convenzionale può consistere:

a) in una comunione con oggetto più ampio rispetto a quella legale.

Tale possibilità è implicitamente presupposta dalla norma dell'art. 210, 2° comma, c.c., che – nel sancire il divieto di comprendere in comunione i beni indicati nelle lett. *c*), *d*), ed *e*) dell'art. 179 c.c. (beni di uso strettamente personale, beni che servono all'esercizio della professione e beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno nonché la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa) – ammette che, per altro verso, i coniugi possano conferire in comunione le restanti categorie di beni personali.

La *ratio* del divieto di cui all'art. 210, 2° comma, c.c., consiste nell'opportunità di salvaguardare una soglia minima di autonomia ed individualità patrimoniale di ciascun coniuge, che si traduce nell'inammissibilità di una comunione di tipo universale. Il contenuto obiettivo della norma, peraltro, è criticabile limitatamente al riferimento all'art. 179, lett. *e*), c.c., posto che i beni conseguiti a titolo di risarcimento del danno costituiscono giuridicamente la surrogazione di beni già esistenti nel patrimonio personale del coniuge, per i quali – salvo che appartenessero alle categorie di cui alle lett *c*) e *d*) – non sussisteva, prima della loro distruzione o sottrazione, alcun divieto di conferimento in comunione.

I coniugi, quindi, possono includere volontariamente in comunione i beni di cui erano proprietari prima del matrimonio [art. 179, lett. *a*), c.c.], quelli acquisiti successivamente al matrimonio per effetto di donazione o successione (lett. *b*), e quelli acquisiti con il prezzo del trasferimento di beni personali (lett. *f*).

La comunione convenzionale può comprendere, inoltre, i frutti dei beni personali [art. 177, lett. *b*), c.c.] ed i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi [art. 177, lett. *c*), c.c.].

Allo scopo di evitare che la comunione convenzionale possa essere impiegata per sot-

trarre garanzie patrimoniali al terzo creditore personale di uno dei coniugi, l'art. 211 c.c. stabilisce che *i beni della comunione rispondono delle obbligazioni contratte da uno dei coniugi prima del matrimonio limitatamente al valore dei beni di proprietà del coniuge stesso prima del matrimonio che, in base a convenzione stipulata a norma dell'art. 162, sono entrati a far parte della comunione dei beni*. La norma viene interpretata, peraltro, in senso estensivo, con riferimento, da una parte, alle obbligazioni contratte successivamente al matrimonio ma in epoca antecedente all'ampliamento della comunione legale, e, dall'altra, al valore dei beni personali diversi da quelli di proprietà del coniuge prima del matrimonio, ai quali soltanto la norma testualmente si riferisce.

b) in una comunione con oggetto meno ampio rispetto a quella legale.

Tale possibilità si ricava dall'art. 2647 c.c. che – prevedendo, con riferimento ai beni immobili, la trascrizione delle convenzioni matrimoniali *che escludono i beni medesimi dalla comunione tra i coniugi* – consente implicitamente di ritenere ammissibile che i coniugi modifichino, mediante convenzione, l'ambito oggettivo del regime patrimoniale. D'altra parte, non emergendo alcuna ragione per limitare la possibile esclusione ai soli beni immobili, deve ritenersi parimenti ammissibile che i coniugi possano decidere l'esclusione dei beni mobili (o dei soli mobili registrati) dal regime comunitario.

Si tratta, tuttavia, di stabilire **se la convenzione di riduzione dell'oggetto della comunione debba avere carattere esclusivamente *programmatico* in relazione agli acquisti futuri o possa consistere anche nell'estromissione di beni già presenti nel patrimonio coniugale**.

La norma dell'art. 191, 2° comma, c.c., autorizza espressamente i coniugi ad estromettere l'azienda coniugale dalla comunione legale; sicché, se il legislatore avesse considerato la possibilità dei coniugi di addivenire a scioglimenti parziali della comunione legale, limitatamente a specifici beni, non si comprenderebbe la ragione per cui tale eventualità sia stata esplicitata soltanto con riferimento all'azienda.

Sennonché, la progressiva affermazione della tesi dottrinale favorevole allo scioglimento della comunione legale limitatamente a singoli beni (mediante convenzione matrimoniale), ha indotto la giurisprudenza a trarre l'estrema, ma coerente, conclusione, secondo la quale – posto che l'art. 2647 c.c. consente ai coniugi di escludere dalla comunione singoli beni – non vi è ragione per non ritenere che i coniugi stessi possano ottenere siffatta esclusione già al momento dell'acquisto, mediante un'espressa dichiarazione in tal senso. Infatti, se i coniugi, il giorno dopo l'acquisto compiuto da uno di loro ai sensi dell'art. 177 c.c., possono stipulare una convenzione che escluda il bene acquistato dalla comunione legale, tanto vale per ritenere che l'esclusione possa avvenire al momento dell'acquisto con il consenso del coniuge non acquirente.

Una tale interpretazione, tuttavia, rischia di affievolire la comunione legale ad una mera "direttiva" suscettibile di puntuali deroghe in sede di acquisti patrimoniali. Conseguentemente, i canoni di esegesi sistematica, che impongono di non svilire il regime legale a regola di occasionale applicazione, impongono di ritenere, anche in questa sede, che le sole convenzioni matrimoniali, che i coniugi sono liberi di stipulare e trascrivere ai sensi dell'art. 2647 c.c., sono quelle di natura *programmatica*, che dettano, cioè, una regola *generale* e *astratta*, destinata a trovare applicazione per gli acquisti futuri compiuti da uno o entrambi i coniugi.

Sempre in senso programmatico e futuro, i coniugi possono decidere di escludere i beni della comunione *de residuo* dall'oggetto della comunione legale al momento dello scioglimento.

Per quanto concerne le norme della comunione legale diverse da quelle riguardanti l'oggetto, l'art. 210, 3° comma, c.c., sancisce l'**inderogabilità delle regole relative all'amministrazione dei beni e del principio di uguaglianza delle quote**.

Il richiamo all'inderogabilità della disciplina sull'**amministrazione dei beni** si comprende, tenuto conto della rilevanza fondamentale che tali norme assumono nell'ambito del regime patri-

moniale legale. Sono esse, infatti, ad attribuire al coniuge non titolare del diritto sul bene, il potere di compiere atti di gestione e di disposizioni, quali quelli che spettano comunemente al solo proprietario. In questo senso, il sistema di amministrazione costituisce l'aspetto centrale e maggiormente caratterizzante la comunione legale ed il legislatore non poteva sancirne la derogabilità di tipo convenzionale, se non a condizione di tipizzare un modello di regime del tutto distinto da quello comunitario.

Considerazioni analoghe valgono anche a proposito dell'**uguaglianza delle quote**, posto che, ammettendo il diritto dei coniugi di prevedere, mediante convenzione, la possibilità di uno di loro di ottenere, in sede di divisione, una quota maggiore di beni, il legislatore avrebbe contraddetto in radice la *ratio* stessa della comunione legale, che – prescindendo dall'apporto lavorativo e di reddito di ciascun coniuge – pone i coniugi su un piano assolutamente paritario quanto alle pretese da far valere sugli acquisti cc.dd. comuni. Peraltro – come si è detto – siffatta inderogabilità preclude soltanto la possibilità di programmare convenzionalmente una divisione non paritaria del patrimonio coniugale, ma non certo la possibilità di convenire liberamente, in sede di divisione, le rispettive quote.

Il legislatore, tuttavia – per evitare che il suddetto limite di inderogabilità costituisse un ostacolo all'estensione convenzionale del regime comunitario a beni diversi da quelli indicati dalla legge – ha stabilito che l'inderogabilità del principio di uguaglianza delle quote valga soltanto "limitatamente ai beni che formerebbero oggetto della comunione legale" e non anche ai beni introdotti in comunione dai coniugi volontariamente. Con riferimento a questi ultimi, quindi, i coniugi possono liberamente stabilire, in via preventiva rispetto allo scioglimento, criteri di divisione diversi da quelli legali.

Per quanto non espressamente richiamate, si ritiene che anche le norme sulla **responsabilità patrimoniale** (artt. 186-190 c.c.) non possano costituire oggetto di deroga convenzionale da parte dei coniugi.

Allo stesso modo, deve escludersi che l'autonomia negoziale dei coniugi possa manifestarsi nell'ambito delle **cause di scioglimento** della comunione legale, mediante la previsione convenzionale di ulteriori fattispecie o con l'esclusione di taluna delle ipotesi legali.

IV. LA SEPARAZIONE DEI BENI

In alternativa alla comunione legale, i coniugi possono convenire che ciascuno di essi conservi la titolarità esclusiva dei beni acquistati durante il matrimonio (art. 215 c.c.).

Ciascun coniuge ha, di conseguenza, il godimento e l'amministrazione dei beni di cui è titolare esclusivo (art. 217, 1° comma, c.c.). Ai beni acquistati dai coniugi congiuntamente, prima o dopo il matrimonio, si applicano le norme sulla comunione ordinaria (artt. 1100 ss. c.c.).

I coniugi possono scegliere il regime di separazione dei beni al momento del matrimonio, con dichiarazione resa al celebrante (art. 162, 2° comma, c.c.), oppure durante il rapporto coniugale con il mezzo della convenzione matrimoniale (art. 162, 3° comma, c.c.).

La separazione dei beni si instaura *ope legis* per effetto dello scioglimento della comunione legale (art. 191 c.c.), in presenza di cause diverse (oltre che dalla convenzione matrimoniale) dalla morte (anche presunta) di uno dei coniugi e dall'annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (in tali ipotesi, infatti, venendo meno il vincolo coniugale non può configurarsi alcun regime patrimoniale della famiglia).

La disciplina normativa della separazione dei beni è estremamente scarsa.

Le norme sulla proprietà e sull'amministrazione dei beni si caratterizzano, soprattutto, per

l'implicita affermazione di inapplicabilità delle ben diverse norme dettate per il regime di comunione legale [art. 177, lett. *a*), c.c.; art. 180 c.c.].

La corrispondenza con le regole di diritto comune in tema di titolarità e godimento dei beni ha indotto parte della dottrina a qualificare la separazione dei beni con una situazione di "**assenza di regime**". Secondo l'opinione preferibile, tuttavia, la comunione di vita dei coniugi incide comunque sulla loro condizione patrimoniale e non consente di affermare la totale riconducibilità al diritto comune, come è dimostrato, peraltro, da quelle (poche) norme (artt. 217-219 c.c.) che disciplinano i profili e gli effetti di quella sorta di comunione "di fatto" che il matrimonio sovente comporta anche nella dimensione strettamente patrimoniale.

Anche il regime di separazione dei beni, d'altra parte, si colloca nella cornice del c.d. regime patrimoniale primario (art. 143, 3° comma, c.c.) (Sez. III, § 2).

La legge disciplina l'**amministrazione dei beni di un coniuge da parte dell'altro**, distinguendo tre ipotesi:

a) Amministrazione con procura e obbligo di rendiconto.
In tal caso, l'art. 217, 2° comma, c.c., stabilisce che il coniuge amministratore è tenuto verso l'altro *secondo le regole del mandato*.

Nei rapporti tra coniugi, quindi, l'obbligo di rendiconto non costituisce un effetto legale della procura ad amministrare (a differenza del contratto di mandato, ove il rendiconto può essere oggetto di preventiva dispensa da parte del mandante: art. 1713 c.c.). La fiducia e la solidarietà tra coniugi ha indotto il legislatore a sancire l'opposta regola secondo cui l'obbligo di rendiconto consegue soltanto ad un'espressa pattuizione.

Peraltro – in analogia a quanto previsto dall'art. 1713, 2° comma, c.c. – deve ritenersi che il rendiconto sia ugualmente dovuto nel caso in cui il coniuge amministratore abbia agito con dolo o colpa grave.

Altra differenza rispetto alla disciplina generale del mandato concerne la presunzione di onerosità (art. 1709 c.c.), che non si applica all'amministrazione dei beni di un coniuge da parte dell'altro, sul presupposto che l'attività amministrativa derivi dallo spirito di solidarietà familiare.

b) Amministrazione con procura, ma senza obbligo di rendiconto.
In tale ipotesi, il coniuge-amministratore (o i suoi eredi), a richiesta dell'altro coniuge o allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, è tenuto a consegnare i frutti esistenti, ma non risponde per quelli consumati (art. 217, 3° comma, c.c.). La legge presume, infatti, che i frutti non esistenti siano stati consumati per i bisogni della famiglia.

c) Amministrazione contro la volontà dell'altro coniuge.
L'amministrazione dei beni compiuta da un coniuge con l'opposizione dell'altro configura un fatto illecito, che fa sorgere a carico del coniuge-amministratore l'obbligo del risarcimento dei danni e della corresponsione dei frutti percepiti e di quelli che sarebbero stati percepiti usando l'ordinaria diligenza (art. 217, ult. comma, c.c.).

Manca l'espressa regolamentazione dell'**ipotesi in cui un coniuge amministri i beni dell'altro in assenza di procura o mandato, ma senza l'opposizione dell'altro**; l'ipotesi in cui, cioè, la solidarietà coniugale induca ad accettare o tollerare l'ingerenza amministrativa dell'altro coniuge nell'ambito del proprio patrimonio.

Si ritiene applicabile alla fattispecie la stessa disciplina del mandato senza obbligo di rendiconto, essendo la situazione assimilabile a una sorta di mandato tacito, cui, in assenza di specifica pattuizione in punto di rendiconto, non può applicarsi l'obbligo di rendiconto.

Il coniuge che esercita il godimento dei beni dell'altro è tenuto alle obbligazioni (pur senza essere titolare delle relative facoltà) dell'usufruttario (art. 218 c.c.). La norma,

tuttavia, deve essere riferita alla sole obbligazioni inerenti all'*esercizio* dell'usufrutto e non a quelle previste nella fase costitutiva del diritto, apparendo incompatibili con la fattispecie in esame gli obblighi di fare l'inventario e di prestare garanzia (art. 1002 c.c.).

Sebbene il regime di separazione dei beni attribuisca a ciascun coniuge la proprietà esclusiva dei beni acquistati, è possibile – come si è detto – che alla titolarità individuale del diritto reale corrisponda il godimento o l'amministrazione degli stessi beni da parte dell'altro coniuge. Per tale ragione, il legislatore ha dettato una disciplina speciale in tema di **prova dalla proprietà dei beni** (art. 219 c.c.), che contempla due regole:

a) la presunzione di contitolarità tra i coniugi, per pari quota, dei beni di cui il singolo coniuge non possa dimostrare la proprietà esclusiva;

b) la possibilità per ciascun coniuge di provare *con ogni mezzo* nei confronti dell'altro la proprietà esclusiva di un bene;

La norma trova prevalente applicazione con riferimento ai **beni mobili**, per i quali non si applicano, quindi, i limiti generali di ammissibilità della prova (art. 2721 c.c.; art. 1417 c.c.).

Viceversa, l'**acquisto a titolo derivativo dei beni immobili** deve risultare da atto scritto a pena di nullità e consente, pertanto, un'agevole prova in ordine alla titolarità esclusiva. Pertanto, quando un immobile sia intestato ad uno dei coniugi, l'altro coniuge, che alleghi l'interposizione reale (e, dunque, l'obbligo di ritrasferimento, totale o parziale, in proprio favore), non può provarla né con giuramento né con testimoni, giacché l'obbligo dell'interposto di ritrasmettere all'interponente i diritti acquistati deve risultare, sotto pena di nullità, da atto scritto.

Nel caso di acquisto per **usucapione di beni immobili**, invece, può trovare applicazione la presunzione di contitolarità, che, nella specie, si sostanzia nella presunzione di esercizio congiunto del possesso *ad usucapionem*. Anche in tal caso, tuttavia, ciascun coniuge può provare con ogni mezzo di essere stato possessore esclusivo e che l'eventuale godimento dell'altro coniuge è stato esercitato per detenzione (ad esempio, in base a un comodato stipulato col coniuge possessore) o per mera tolleranza (art. 1144 c.c.).

Nei confronti dei **terzi** la presunzione di contitolarità non opera e si applicano le regole ordinarie sull'onere della prova (la giurisprudenza, in particolare, esclude che il coniuge in separazione dei beni possa invocare la presunzione di cui all'art. 219 c.c. per opporsi all'esecuzione forzata compiuta dal creditore sui beni mobili dell'altro coniuge).

V. IL FONDO PATRIMONIALE

1. L'atto di costituzione

Il *fondo patrimoniale* (artt. 167-171 c.c.) consiste nella destinazione di determinati beni (immobili, mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito) a far fronte ai bisogni della famiglia.

Non si tratta, quindi, di un regime patrimoniale generale, ma di un istituto che si affianca alla comunione (legale o convenzionale) o alla separazione dei beni. Esso trae la sua derivazione dall'abrogato istituto del "patrimonio familiare", dal quale, peraltro, si distingue per le modalità di costituzione e di amministrazione.

Nella prassi delle relazioni coniugali, il fondo patrimoniale ha trovato scarsa applicazione e il maggior numero di pronunce giurisprudenziali si rinviene in tema di revocatoria (ordinaria o fallimentare) della costituzione di fondo patrimoniale avvenuta in frode ai creditori di uno o di entrambi i coniugi. Per le sue caratteristiche di "patrimonio di destinazione", infatti, il fondo patrimoniale è oggetto di più restrittive previsioni circa il diritto dei creditori di agire esecutivamente sui beni che lo costituiscono e sui frutti di essi (art. 170 c.c.).

Il fondo patrimoniale si costituisce:

a) per **atto *inter vivos***, compiuto da uno o da entrambi i coniugi o anche da un terzo; in tal caso, è richiesta la **forma dell'atto pubblico** e la costituzione si perfeziona con l'**accettazione dei coniugi** (che, nel caso di costituzione proveniente da uno dei coniugi o da un terzo, può essere espressa con atto pubblico posteriore);

b) per **testamento**: nel qual caso risulta idonea ogni **forma testamentaria** e – qualunque sia il titolo dell'attribuzione (legato o istituzione ereditaria) – non è richiesta l'accettazione da parte dei coniugi.

Per tutelare l'affidamento dei terzi, la legge ha previsto che il fondo patrimoniale possa avere ad oggetto soltanto **beni immobili, mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito nominativi** (che siano tali *ab origine* o resi nominativi, all'atto della costituzione del fondo, con annotazione del vincolo o in altro modo idoneo): beni, cioè, sui quali possa essere reso pubblico il vincolo di destinazione impresso dalla costituzione in fondo patrimoniale. Sennonché, ai fini dell'**opponibilità ai terzi**, la giurisprudenza (Cass., sez. un., 13 ottobre 2009 n. 21658) attribuisce rilevanza soltanto all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, prevista dalla norma generale sulle convenzioni matrimoniali (art. 162, ult. comma, c.c.); deve considerarsi irrilevante, invece, l'effettiva conoscenza della costituzione del fondo che il terzo abbia altrimenti potuto conseguire, mentre, a sua volta, la trascrizione del vincolo, prevista per i beni immobili dall'art. 2647, 1° comma, c.c., ha funzione di mera pubblicità notizia, inidonea ad assicurare la predetta opponibilità.

La **proprietà dei beni** costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione (art. 168, 1° comma, c.c.).

Si afferma, a questo proposito, che i beni oggetto di fondo patrimoniale sono oggetto di comunione legale (artt. 177 ss. c.c.) o ordinaria (art. 1100 ss. c.c.), a seconda che i coniugi si trovino rispettivamente in regime di comunione legale o di separazione del beni.

Alcuni indici normativi e sistematici, peraltro, inducono a dubitare di tale affermazione:

1) come nella comunione legale, infatti, deve ritenersi inalienabile la quota di partecipazione al diritto di proprietà sui beni;

2) l'amministrazione dei beni è espressamente regolata dalle norme relative all'amministrazione della comunione legale (art. 168, ult. comma, c.c.);

3) alla cessazione del fondo patrimoniale si applicano, di regola, le norme sulla comunione legale (art. 171, ult. comma, c.c.).

Appare, quindi, più conforme al dato normativo ritenere che, anche in regime di separazione del beni, il fondo patrimoniale introduca una "**nicchia**" **di comunione legale** nel patrimonio dei coniugi, con tendenziale applicazione, nei limiti della compatibilità, della relativa disciplina.

In deroga alla regola generale di attribuzione della proprietà dei beni ad entrambi i coniugi (art. 168, 1° comma, prima parte, c.c.), l'atto di costituzione può prevedere:

— che la proprietà resti in capo al coniuge costituente (nel qual caso, la giurisprudenza esclude che la costituzione del fondo patrimoniale comporti un trasferimento di diritti in favore dell'altro coniuge);

— che la proprietà sia attribuita all'altro coniuge;

— che la proprietà resti in capo al terzo costituente.

In seguito all'estinzione del fondo patrimoniale viene meno la scissione tra titolarità dei beni (che ne sono oggetto) e destinazione di essi: sui beni stessi, di conseguenza, si consoliderà una situazione di proprietà esclusiva o di comunione ordinaria tra i coniugi.

2. La destinazione del fondo patrimoniale ai bisogni della famiglia

La destinazione del fondo patrimoniale al soddisfacimento dei bisogni della famiglia si realizza:

— *in modo diretto*, attraverso l'**impiego dei frutti dei beni** per la realizzazione di tali bisogni (art. 168, 2° comma, c.c.);

Benché la norma non contenga l'espressa formulazione di un'*obbligo* gravante sui coniugi, deve ritenersi che, nel caso in cui i frutti non siano effettivamente impiegati per i bisogni della famiglia, siano applicabili le norme degli artt. 183 c.c. (per ottenere l'esclusione dall'amministrazione del coniuge cui imputabile il mancato impiego dei frutti per i bisogni della famiglia) e dell'art. 171, 2° comma, c.c. (con attribuzione al giudice del potere di dettare – anche prima dello scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili del matrimonio – norme per l'amministrazione del fondo a tutela degli interessi dei figli minori).

— *in modo indiretto*, per effetto di limiti legali all'alienabilità (art. 169 c.c.) e all'espropriabilità dei beni e dei frutti (art. 170 c.c.).

Per quel che concerne, in particolare, l'aspetto dell'**alienabilità dei beni del fondo**, la legge stabilisce che, *se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità od utilità evidente* (art. 169 c.c.).

Con riferimento a tale previsione normativa si pone, anzitutto, il problema di definire l'**ambito applicativo della deroga convenzionale** che l'atto di costituzione può contenere.

Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, nell'atto costitutivo può essere prevista:

— sia la possibilità che l'alienazione dei beni sia compiuta dal solo coniuge cui sia stata riservata la proprietà dei beni stessi;

— sia l'esclusione della necessità di autorizzazione giudiziale, pur in presenza di figli minori.

Tale interpretazione appare conforme alla lettera della legge e consente di distinguere la fattispecie da quella dell'art. 320, 3° comma, c.c., nella quale, invece, l'inderogabile necessità dell'autorizzazione giudiziale è imposta dalla circostanza che – a differenza di ciò accade col fondo patrimoniale – i genitori dispongono di beni non propri, ma dei figli minori.

Altra controversa questione concerne l'eventuale **obbligo di reimpiego** dei denari o dei beni derivanti dall'alienazione del fondo patrimoniale.

Parte della giurisprudenza, invero, afferma che, in seguito all'alienazione dei beni oggetto di fondo patrimoniale, il vincolo si trasferisce *automaticamente* sull'importo ricavato dalla vendita dei beni stessi, ovvero sul bene che il giudice, col provvedimento autorizzazione all'alienazione, abbia designato per l'investimento della somma ricavata (o su quello acquistato volontariamente dai coniugi laddove non sia stata prevista, in sede di costituzione, l'autorizzazione giudiziale).

Anche in tale ipotesi, tuttavia, la lettera della legge e l'interpretazione *a contrario* rispetto alla fattispecie dell'art. 320, 4° comma, c.c. (ove è previsto che il giudice tutelare stabilisca l'impiego dei capitali riscossi) inducono a preferire la tesi che esclude tanto l'obbligo di reimpiego quanto la *surrogazione legale* dell'oggetto del fondo patrimoniale.

Altro problema concerne, infine, la qualificazione dell'**atto di alienazione (nonché di costituzione di ipoteca, pegno o di altro vincolo) compiuto da uno o da entrambi i coniugi in violazione dell'art. 169 c.c. o delle altre previsioni contenute nell'atto di costituzione del fondo patrimoniale**.

Secondo una prima tesi, all'atto sarebbe applicabile – in virtù del richiamo compiuto dall'art. 168, 3° comma, c.c. alle norme relative all'amministrazione della comunione legale – l'art. 184 c.c.

Secondo altra (preferibile) impostazione, invece – che sottolinea il carattere *imperativo* della norma dell'art. 169 c.c. – l'atto deve ritenersi nullo (art. 1418 c.c.) o, quanto meno, inefficace.

Il **limite legale di espropriabilità** consiste nella previsione secondo cui i beni del fondo (e i frutti di essi) non possono essere oggetto di esecuzione forzata da parte del

creditore consapevole che il debito è stato contratto per scopi estranei ai bisogni della famiglia (art. 170 c.c.). Il divieto estende la sua efficacia anche ai crediti sorti prima della costituzione del fondo patrimoniale.

La prova della *consapevolezza* dell'estraneità del debito ai bisogni della famiglia deve essere fornita dai coniugi.

I beni del fondo restano, invece, liberamente espropriabili dai creditori per debiti contratti per i bisogni della famiglia.

La nozione di "**debiti contratti per bisogni della famiglia**" non deve essere intesa restrittivamente, avuto riguardo alle necessità indispensabili per l'esistenza e il sostentamento della famiglia, ma deve comprendere anche quelle esigenze volte al pieno mantenimento ed all'armonico sviluppo della famiglia, nonché al potenziamento della sua capacità lavorativa, con esclusione delle sole esigenze voluttuarie o caratterizzate da intenti meramente speculativi.

Poiché il fondo patrimoniale rende i beni che ne formano oggetto espropriabili soltanto nei limiti dell'art. 170 c.c., il creditore per debito estraneo ai bisogni della famiglia può agire con l'**azione revocatoria** (art. 2740 c.c.) per far dichiarare inefficace nei suoi confronti l'atto costitutivo del fondo stesso (analoga azione è attribuita, nel caso di fallimento di uno o di entrambi i coniugi, al curatore fallimentare). Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che la costituzione di un fondo patrimoniale per fronteggiare i bisogni della famiglia non può essere intesa come adempimento di un obbligo giuridico, bensì come *atto di liberalità* (con conseguente inapplicabilità del disposto dell'art. 2901, n. 2, c.c.).

3. La cessazione del fondo patrimoniale

La destinazione del fondo termina a seguito dell'**annullamento** o dello **scioglimento** o della **cessazione degli effetti civili del matrimonio** (art. 171, 1° comma, c.c.). In seguito all'estinzione si applicano le norme sullo scioglimento della comunione legale.

Regole particolari sono dettate, tuttavia, per l'ipotesi in cui vi siano figli minori, nel qual caso:

1) il fondo si estingue soltanto al compimento della maggiore età dell'ultimo dei figli minori;

2) il giudice può dettare, su istanza di chi vi abbia interesse, norme per l'amministrazione del fondo (art. 171, 2° comma, c.c.);

3) in deroga alle norme sullo scioglimento della comunione legale, il giudice, considerate le condizioni economiche dei genitori e dei figli e di ogni altra circostanza, può attribuire ai figli, in godimento o in proprietà, una quota dei beni del fondo (art. 171, 3° comma, c.c.).

Si discute se – oltre alle ipotesi espressamente previste dall'art. 171 – sia ammissibile lo **scioglimento convenzionale del fondo patrimoniale**, e, in caso positivo, se occorra l'autorizzazione giudiziale in presenza di figli minori.

La soluzione negativa – che si fonda, soprattutto, sulla ritenuta tassatività delle cause di cessazione del fondo, previste dall'art. 171, 1° comma, c.c. – è prevalentemente sostenuta nell'ipotesi di presenza di figli minori.

Una parte della giurisprudenza di merito, invece, ritiene valido lo scioglimento convenzionale, sia parziale che integrale, del fondo patrimoniale costituito per atto costituito per atto *inter vivos*, anche senza necessità di autorizzazione giudiziale e nonostante la presenza di figli minori.

In quanto convenzione matrimoniale, infatti, il fondo patrimoniale sarebbe modificabile in ogni tempo con il consenso di tutte le persone che ne sono state parte o dei loro eredi (artt. 163,

1° comma, c.c.); in particolare, nella menzione degli "eredi", contenuta in quest'ultima norma, sarebbe inequivocabile l'implicito riferimento al fondo patrimoniale, che è l'unico "regime patrimoniale" la cui efficacia può resistere – proprio in presenza di figli minori – alla morte di uno dei coniugi (art. 171, 2° comma, c.c.).

VI. L'IMPRESA FAMILIARE

1. Nozione e natura giuridica

L'istituto dell'impresa familiare (art. 230 *bis* c.c.) – introdotto dalla riforma del 1975 – disciplina l'attività lavorativa prestata dal familiare, in modo continuativo, nella famiglia o nell'impresa familiare.

Superando la **presunzione di gratuità** del lavoro prestato nell'ambito della famiglia, il legislatore della riforma ha inteso apprestare tutela a quell'attività lavorativa svolta solitamente senza formalità o accordo contrattuale da membri della famiglia.

Prima della riforma, infatti, il lavoro del coniuge o di altri componenti della famiglia si presumeva gratuito in quanto motivato unicamente dallo spirito di solidarietà familiare. Tale attività lavorativa trovava un riconoscimento giuridico soltanto nell'ambito della **comunione tacita familiare** regolata dagli usi agricoli (art. 2140 c.c. abr.). L'art. 230 *bis* c.c. ha confermato la regolamentazione secondo gli usi della comunione tacita familiare, ma soltanto allorché detti usi non contrastino con le previsioni imperative contenute nella nuova norma (art. 230 *bis*, ult. comma, c.c.).

Nonostante la sua collocazione, la norma non concerne soltanto i rapporti patrimoniali tra coniugi, ma si riferisce all'**attività lavorativa del coniuge, dei parenti entro il terzo grado e degli affini entro il secondo**. La giurisprudenza ha recentemente esteso, tuttavia, l'applicabilità dell'istituto anche al convivente *more uxorio* (Cass., 15 marzo 2006, n. 5632). Il testo della norma, peraltro, non esclude che, a prescindere dal coniuge, l'impresa familiare possa stabilirsi con parenti entro il terzo grado e affini entro il secondo, che siano tali sulla base di rapporti di filiazione naturale.

L'impresa familiare è compatibile con qualunque regime patrimoniale esistente tra i coniugi (comunione legale o convenzionale e separazione dei beni).

L'impresa familiare configura una **forma collettiva di esercizio dell'impresa**, che, tuttavia, **si distingue dalla società** per taluni aspetti fondamentali.

a) In primo luogo, l'impresa familiare ha la sua fonte nella legge e non nel contratto. L'art. 230 *bis* c.c., facendo espressamente salva la configurazione di un diverso rapporto, ammette che gli stessi soggetti dell'impresa familiare possano decidere di costituire volontariamente un rapporto societario (nel qual caso, si applicheranno le norme del tipo sociale prescelto).

b) I collaboratori dell'impresa familiare sono titolari non di "quote" dell'azienda, ma del diritto alla remunerazione della loro opera, attraverso il mantenimento e la partecipazione agli utili dell'impresa.

c) Diversamente da quanto previsto nella disciplina delle società (artt. 2257-2258 c.c.), l'amministrazione non spetta paritariamente a tutti i componenti dell'impresa familiare: la gestione ordinaria, infatti, spetta al familiare-imprenditore (o ai familiari-imprenditori), mentre il familiare-collaboratore può partecipare soltanto alle decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi, nonché alle decisioni inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa (art. 230, 1° comma, c.c.).

d) La collaborazione del familiare può attuarsi anche quando l'impresa sia esercitata non in forma individuale, ma in società (anche di fatto) con terzi (nel qual caso, la disciplina dell'art. 230 *bis* c.c. si applica nei limiti della quota societaria).

e) Non potendo essere considerati di per sé “imprenditori”, i collaboratori dell’impresa familiare non sono illimitatamente responsabili per le obbligazioni assunte nell’esercizio dell’impresa e, in caso di insolvenza, non sono soggetti a fallimento.

f) In caso di morte del collaboratore dell’impresa familiare, la sua partecipazione non è oggetto di liquidazione in favore degli eredi – come è previsto, invece, di regola, in caso di società (art. 2284 c.c.) – ma sorge soltanto, a carico dell’impresa, un debito corrispondente al valore degli utili e dell’avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato.

Alla luce di queste caratteristiche, l’impresa familiare deve essere distinta, altresì dall’azienda coniugale [art. 177, lett. *d*), c.c.]: in quest’ultima, infatti, ciascun coniuge non presta soltanto attività lavorativa, ma partecipa interamente all’attività di gestione.

Occorre ricordare, peraltro, come una parte minoritaria della giurisprudenza e della dottrina si siano pronunciate in favore della responsabilità illimitata dei partecipanti all’impresa familiare per le obbligazioni assunte e, conseguentemente, per la loro assoggettabilità a fallimento.

Tuttavia, una tale conclusione si rivelerebbe in contrasto con le finalità di tutela del lavoro familiare, che si pongono all’origine e a fondamento dell’istituto in esame.

La disciplina dell’art. 230 *bis* c.c. si applica *salvo che sia configurabile un diverso rapporto*.

Tale previsione è interpretata estensivamente dalla giurisprudenza, secondo cui – oltre all’ipotesi in cui i familiari stipulino espressamente tra loro un contratto di società – allorché il rapporto tra i componenti della famiglia si strutturi all’esterno come un rapporto societario, nell’ambito del quale essi intrattengano rapporti con i terzi assumendo le relative obbligazioni, spendano il nome della società, manifestando l’*affectio societatis*, deve ritenersi sussistente una **società di fatto**, che esclude l’applicabilità della disciplina dell’art. 230 *bis* c.c.

L’impresa familiare è parimenti esclusa qualora il rapporto di collaborazione nell’impresa sia regolato convenzionalmente nelle forme del lavoro subordinato, dell’associazione in partecipazione o di altre modalità contrattuali di collaborazione.

2. Diritti dei partecipanti

In presenza del presupposto *soggettivo* (essere coniuge, parente entro il terzo grado o affine entro il secondo) e di quello *oggettivo* (prestare in modo continuativo la propria attività di lavoro nella famiglia o nell’impresa familiare), l’art. 230 *bis* c.c. attribuisce al partecipante una serie di diritti.

a) ***Diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia.***

La pretesa primaria del partecipante non consiste, quindi, nel corrispettivo monetario dell’attività lavorativa, ma nella prestazione complessa di “mantenimento”. Il richiamo alla “condizione patrimoniale della famiglia” deve essere inteso come comprensivo degli esiti (attivi o passivi) della stessa attività d’impresa.

b) ***Diritto di partecipazione agli utili dell’impresa familiare e ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell’azienda, anche in ordine all’avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato.***

Poiché gli utili, i beni acquistati con essi e gli incrementi dell'azienda sono il risultato dell'attività d'impresa, il partecipante ha una contitolarità su di essi, secondo una quota proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato.

In mancanza di accordo tra le parti in ordine alla misura delle rispettive quote, la determinazione di queste ultime spetterà al giudice.

Per valutare la quantità e qualità del lavoro prestato, la legge si preoccupa di precisare che il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell'uomo (art. 230 *bis*, 2° comma, c.c.).

Il diritto di partecipazione è intrasferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di altri partecipanti o di altri familiari muniti del requisito soggettivo per la partecipazione all'impresa. Per il trasferimento ad altro partecipante o familiare occorre comunque il consenso di tutti i partecipi (art. 230 *bis*, 4° comma, c.c.).

c) ***Diritto di concorrere alle decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché a quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa.***

La comunità dei partecipanti all'impresa familiare decide a maggioranza numerica (e non in ragione della "misura" della partecipazione), senza l'adozione di particolari formalità. I familiari partecipanti all'impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi (art. 230 *bis*, 1° comma, ultima parte, c.c.).

Dall'elencazione delle decisioni spettanti alla comunità dei partecipanti, si evince *a contrario* che le restanti decisioni sono riservate al soggetto o ai soggetti che svolgono a pieno titolo l'attività imprenditoriale.

d) ***Diritto di prelazione sull'azienda in caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda.***

Si tratta di due situazione distinte. Nel caso in cui il familiare-imprenditore intenda procedere all'**alienazione dell'azienda**, il partecipante ha diritto di essere preferito, a parità di condizioni, al terzo acquirente.

La fattispecie della **divisione ereditaria** presuppone che l'azienda sia caduta in successione ereditaria e che il partecipante sia coerede (o legatario *pro quota* dell'azienda stessa): in tal caso, in sede di divisione, il partecipante ha il diritto di ottenere l'attribuzione dell'azienda con preferenza rispetto agli altri coeredi (o legatari) che non siano partecipanti dell'impresa familiare.

In entrambi i casi, si applica l'**art. 732 c.c.**; conseguentemente:

— deve essere notificata la proposta di alienazione con indicazione del prezzo;

— il partecipante deve esercitare la prelazione nel termine di due mesi;

— la violazione della prelazione attribuisce al partecipante il diritto di riscatto dall'acquirente e da ogni successivo avente causa;

— il diritto di prelazione non può essere esercitato in caso alienazione dell'azienda a titolo gratuito;

— non è ammesso il riscatto parziale dell'azienda.

3. Estinzione della partecipazione

La partecipazione all'impresa familiare può cessare:

— per recesso;

— per esclusione;

— per sopravvenuta insussistenza del requisito soggettivo di partecipazione;

— per sopravvenuta impossibilità della prestazione continuativa di attività lavorativa;

— per estinzione dell'impresa familiare.

A proposito del **recesso**, non può escludersi il diritto dal partecipante di interrompere volontariamente la propria collaborazione lavorativa. Secondo alcune pronunce giurisprudenziali, il partecipante avrebbe l'onere di dare un congruo preavviso, pena l'obbligo di risarcire gli eventuali danni cagionati all'impresa. Il recesso può avvenire, peraltro, anche per *giusta causa* (e, in tal caso, non è certamente dovuto alcun preavviso).

Deve parimenti ammettersi che il partecipante possa essere **escluso dall'impresa familiare**, a causa del suo comportamento gravemente lesivo degli interessi dell'impresa. Si discute se la decisione di esclusione debba essere adottata personalmente dall'imprenditore o – come appare preferibile – dalla comunità dei partecipanti (trattandosi di decisione qualificabile come atto di gestione straordinaria).

La **sopravvenuta insussistenza del requisito soggettivo** di partecipazione (coniuge, parente entro il terzo grado o affine entro il secondo) si verifica nel caso di annullamento, scioglimento o cassazione degli effetti civili del matrimonio da cui deriva il rapporto coniugale o di affinità. Nessuna caducazione dello stesso requisito si determina, invece, in caso di separazione personale dei coniugi.

La **sopravvenuta impossibilità della prestazione continuativa di lavoro** consegue alla morte o all'invalidità totale e permanente del partecipante.

L'**estinzione dell'impresa familiare** può conseguire alla deliberazione adottata in tal senso dalla comunità dei partecipanti, all'alienazione dell'azienda, all'impossibilità di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, alla morte dell'imprenditore, al fallimento o, semplicemente, al venir meno della collaborazione di tutti i familiari dell'imprenditore.

In caso di estinzione della partecipazione, il familiare ha il **diritto alla liquidazione della propria partecipazione**, che può avvenire in natura (ad esempio, con l'assegnazione di determinati beni aziendali) o in denaro. Il pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice (art. 230 *bis*, 4° comma, c.c.).

Sezione Quinta
SEPARAZIONE E DIVORZIO

I. LA SEPARAZIONE PERSONALE

1. Nozioni generali

A differenza del divorzio – che estingue gli effetti giuridici derivanti dal matrimonio – la separazione personale costituisce il rimedio cui i coniugi possono ricorrere in presenza di fatti che rendano intollerabile la convivenza coniugale o rechino grave pregiudizio ai figli. Essa determina, pertanto, una *sospensione* o *modificazione* dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio (art. 143 c.c.) (§§ 4-5).

Prima del 1970, il nostro ordinamento, in ossequio al principio di indissolubilità del matrimonio, prevedeva soltanto l'istituto della separazione personale (riconosciuto anche nell'ordinamento canonico).

Con la **l. 1° dicembre 1970, n. 898** (successivamente riformata con l. 6 marzo 1987, n. 74) è stata introdotta una serie di ipotesi di scioglimento del matrimonio civile (nonché, corrispondentemente, di cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso e regolarmente trascritto), tra le quali la più importante (quanto meno sul piano della sua frequenza statistica) è costituita proprio dalla pregressa separazione personale tra i coniugi.

Ciò non significa, peraltro, che la separazione personale rappresenti soltanto una *fase* prodromica al definitivo scioglimento del vincolo coniugale: la separazione può essere seguita, infatti, dalla riconciliazione tra i coniugi e, quindi, dalla ricostituzione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi. Non può escludersi, inoltre, che i coniugi protraggano indefinitamente la loro situazione di separati senza addivenire alla cessazione del vincolo coniugale.

L'abbandono del principio di indissolubilità del matrimonio ha indotto, poi, il legislatore della **riforma del 1975** a incidere profondamente anche sulla disciplina della separazione personale.

Secondo l'originario testo del 1942, la separazione poteva essere richiesta *nei soli casi determinati dalla legge* e, cioè, *per causa di adulterio, di volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi* e, inoltre, nei casi di gravi condanne in sede penale (ergastolo, reclusione superiore a cinque anni, interdizione perpetua dai pubblici uffici). Specifiche restrizioni erano previste per il diritto della moglie di domandare la separazione: in caso di adulterio, infatti, l'azione poteva essere promossa soltanto in presenza di *circostanze tali che il fatto costituisca un'ingiuria grave alla moglie* (art. 151, 2° comma, abr.). Il coniuge, cui il giudice avesse attribuito la "colpa" della separazione, perdeva ogni diritto inerente alla sua qualità di coniuge e, sul piano economico, conservava il solo diritto agli alimenti (art. 156 abr.).

Per effetto della riforma, la separazione personale non rappresenta più una *sanzione* nei confronti del coniuge colpevole, ma un rimedio all'*oggettiva* intollerabilità della convivenza. La

separazione "per colpa" è stata sostituita dalla separazione "con addebito". L'attuale "addebito" prescinde dalla responsabilità morale della crisi coniugale e consiste nella mera *imputabilità* della separazione alla condotta di uno dei coniugi (§ 2.1).

Il codice prevede due forme di separazione *legale*:

a) ***separazione giudiziale*** (art. 151 c.c.);

b) ***separazione consensuale*** (art. 158 c.c.).

Dalla separazione legale deve essere distinta la **separazione *di fatto***, che consiste nella sospensione, volontariamente concordata dai coniugi senza l'intervento del giudice, di alcuni (o di tutti) i diritti e doveri coniugali (in particolare, del dovere di coabitazione).

L'ordinamento attribuisce occasionale rilevanza alla separazione di fatto:

1) la l. n. 898 del 1970 qualifica la separazione di fatto come presupposto della domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio *quando la separazione di fatto stessa è iniziata almeno due anni prima del 18 dicembre 1970*;

2) la l. n. 184 del 1983 (art. 6) preclude l'adozione ai coniugi che, pur uniti in matrimonio da almeno tre anni, siano (o siano stati) separati legalmente o di fatto negli ultimi tre anni;

3) la separazione di fatto, che si sia manifestata nel difetto di coabitazione tra i coniugi nel periodo compreso tra il trecentesimo ed il centottantesimo giorno prima della nascita, rende ammissibile l'azione di disconoscimento della paternità (art. 235, n. 1, c.c.).

La separazione di fatto cessa qualora i coniugi, di comune accordo, decidano di ripristinare la loro comunione di vita. Più frequentemente, invece, la separazione di fatto prelude all'instaurazione del giudizio di separazione giudiziale o consensuale.

2. La separazione giudiziale

Si definisce *giudiziale* la separazione personale che è pronunciata dal giudice con **sentenza** all'esito di un **procedimento contenzioso** instaurato con ricorso da uno dei due coniugi.

Il **presupposto sostanziale** (art. 151, 1° comma, c.c.) per domandare la separazione giudiziale è costituito da fatti

a) *tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza*;

b) *o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole*.

Al fine di evidenziare il rifiuto del precedente modello della separazione "per colpa", il legislatore ha ritenuto opportuno precisare che tali fatti possono verificarsi *anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi* (art. 151, 1° comma, c.c.). In questo senso, possono legittimare la domanda di separazione, ad esempio, l'incapacità procreativa o la sopravvenuta grave malattia fisica o psichica dell'altro coniuge.

È controversa, in dottrina e giurisprudenza, la **nozione di** "**intollerabilità della convivenza**". A fronte di una concezione *soggettivistica* – secondo la quale sarebbe precluso al giudice ogni sindacato di merito riguardo alle ragioni a cui uno o entrambi i coniugi abbiano attribuito valenza di cause ostative della prosecuzione della convivenza – si contrappone un diverso (prevalente) orientamento che rimette al giudice la valutazione dell'*oggettiva* rilevanza, alla stregua del parametro del comune sentimento sociale, del fatto addotto dalla parte come impeditivo della normale prosecuzione del rappor-

to coniugale. Da questo punto di vista, ad esempio, la violazione occasionale del dovere di fedeltà potrebbe non giustificare di per sé il rimedio della separazione, a fronte della rinnovata presa di coscienza, da parte del coniuge infedele, della serietà e inderogabilità dei doveri coniugali.

Vi è, peraltro, una tesi intermedia, secondo la quale, in sede di valutazione giudiziale dell'intollerabilità della convivenza, il giudice deve assumere come parametro di riferimento non già la comune valutazione sociale, bensì l'*accordo* stipulato dai coniugi sull'indirizzo della vita familiare (art. 144 c.c.). Secondo questa prospettiva, deve attribuirsi rilevanza anche a quei valori appartenenti a uno o a entrambi i coniugi che, pur in contrasto col comune sentire sociale, siano stati posti alla base dell'accordo coniugale. Anche l'infedeltà occasionale, quindi, assumerebbe la valenza di fatto impeditivo della prosecuzione della convivenza, nel caso in cui i coniugi avessero espressamente sancito, nell'accordo sull'indirizzo della vita familiare, il valore della fedeltà assoluta e inviolabile.

L'intollerabilità della convivenza derivante da ***comportamenti volontari*** del coniuge può emergere non soltanto da fatti che costituiscano violazione degli obblighi coniugali, ma anche da condotte che, per quanto espressamente consentite e tutelate dalla legge, rivelino una significativa frattura nella comunione spirituale tra coniugi o nelle dinamiche della vita familiare. Sono spesso richiamati, in tal senso, gli esempi dell'interruzione volontaria della gravidanza, decisa dalla moglie senza il consenso del marito, o il mutamento del credo religioso da parte di un coniuge nonostante l'opposizione dell'altro.

Costituiscono uno specifico presupposto di separazione giudiziale le **condotte di un coniuge gravemente pregiudizievoli per la prole**. Nella realtà della vita familiare tali condotte si risolvono pressoché automaticamente in fatti che rendono intollerabile la convivenza; tuttavia, per sottolineare l'oggettiva rilevanza dell'interesse all'educazione della prole, il legislatore ha inteso chiarire che tali condotte possono legittimare la separazione anche a prescindere da una diretta incidenza sulla tollerabilità della convivenza coniugale.

2.1. L'addebito della separazione

Su richiesta di uno dei coniugi, il giudice, ove ne ricorrano le circostanze, può addebitare all'altro la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri del matrimonio (art. 151, 2° comma, c.c.).

Pur non essendo gli unici fatti che possono condurre alla separazione personale dei coniugi, i soli comportamenti di *cosciente e volontaria violazione degli obblighi matrimoniali* possono determinare la pronunzia di addebito, con effetti giuridici sfavorevoli a carico del coniuge nei cui confronti sia stata emessa.

La violazione degli obblighi matrimoniali, oltre ad essere cosciente e volontaria, deve essere altresì ***grave***, nel senso che deve essere stata l'effettiva causa dell'intollerabilità della convivenza. Non occorre, invece, la diretta intenzione del coniuge di provocare tale intollerabilità.

L'**indagine giudiziale** sul nesso tra la violazione degli obblighi matrimoniali e l'intollerabilità della convivenza deve essere svolta sulla base della valutazione globale e sulla comparazione dei comportamenti di entrambi i coniugi, non potendo essere giudicata senza un raffronto con quella dell'altro, consentendo solo tale comparazione di riscontrare se e quale incidenza esse abbiano riservato, nel loro reciproco interferire, nel verificarsi della crisi matrimoniale. La violazione degli obblighi matrimoniali, ad esempio, può non assumere alcuna efficacia causale nella determinazione della crisi coniugale, quando essa sia consumata in un contesto di convivenza già intollerabile.

La violazione commessa da uno dei coniugi non legittima la violazione reciproca. Ogni **reazione alle condotte illecite dell'altro coniuge** deve essere proporzionata ed esclusivamente finalizzata a limitare il grado di intollerabilità della convivenza o di pregiudizio ai danni della prole. Non potendosi ammettere la compensazione delle responsabilità nei rapporti familiari, la giurisprudenza esclude, ad esempio, che l'infedeltà possa essere "giustificata" quale reazione a comportamenti dell'altro coniuge. È legittimo, invece – e non può costituire causa di addebito della separazione – l'abbandono della casa familiare, quando esso sia stato determinato dal comportamento illecito dell'altro coniuge.

Come si desume implicitamente dal disposto dell'art. 548, 2° comma, c.c., la separazione può essere addebitata ad entrambi i coniugi.

La **casistica** in materia di addebito è assai vasta. Sono considerate cause di addebito il maltrattamento del coniuge o della prole, le continue ingiurie e denigrazioni, l'infedeltà reiterata, l'ostentata morbosa amicizia con persona dello stesso sesso, l'abbandono ingiustificato della residenza familiare, ecc.

È controverso, in giurisprudenza, se, ai fini dell'addebito della separazione, possano assumere rilievo i **comportamenti assunti dai coniugi dopo l'autorizzazione a vivere separati**, concessa dal Presidente del Tribunale nell'udienza di prima comparizione.

Parte della giurisprudenza, sul presupposto della permanente vigenza dei doveri coniugali (compreso quello di fedeltà), afferma che non possa essere automaticamente esclusa la rilevanza delle violazioni verificatesi dopo che i coniugi siano stati autorizzati a vivere separatamente. In senso contrario, è stato fondatamente obiettato che la fedeltà costituisce una tipica modalità di espressione della comunione di vita coniugale; sicché, il relativo dovere deve ritenersi *sospeso* per effetto della sospensione dell'obbligo di coabitazione.

Il problema presenta, tuttavia, un complesso risvolto processuale: se sia ammissibile, cioè, il c.d. **mutamento del titolo della separazione**, che consiste nella proposizione della domanda di addebito *successivamente* alla pronuncia della sentenza di separazione giudiziale o del decreto di omologazione della separazione consensuale (§ 2.2). Sul punto, la giurisprudenza si dimostra contraria, affermando che l'addebito della separazione può essere pronunciato solo contestualmente al giudizio di separazione.

Tale tesi – che pure trova un puntuale riscontro testuale nella lettera dell'art. 151, 2° comma, c.c. – appare eccessivamente rigida. Infatti, a prescindere dal problema della rilevanza dei comportamenti successivi all'autorizzazione a vivere separatamente, non si comprende perché un coniuge, che abbia inizialmente acconsentito a una separazione consensuale, non possa domandare il mutamento del titolo della separazione stessa (da consensuale a giudiziale con addebito) sulla base di fatti commessi dell'altro coniuge *prima* della separazione, ma scoperti solo in seguito e ignorati al momento della separazione consensuale.

Criticabile risulta, altresì, il legame inscindibile, che la giurisprudenza pare affermare, tra giudizio di addebito e separazione giudiziale. Così come è possibile che, nel corso del giudizio contenzioso di separazione, il coniuge contro cui sia stata avanzata domanda di addebito possa aderire a quest'ultima, deve parimenti ammettersi che, in sede di separazione consensuale, i coniugi possano concordare – beneficiando, in tal modo, della maggiore rapidità del procedimento – sull'addebito della separazione stessa ad uno di loro o ad entrambi.

Gli **effetti dell'addebito** della separazione sono due:

1) il coniuge che non abbia adeguati redditi propri, al quale sia stata addebitata la separazione, **non ha diritto al mantenimento** (art. 156, 1° comma, c.c.); egli conserva solo il diritto agli alimenti, qualora ne ricorrano i presupposti (art. 156, 3° comma, c.c.);

2) il coniuge, cui sia stata addebitata la separazione, **perde i diritti successori nei confronti dell'altro coniuge** e ha diritto soltanto ad un **assegno vitalizio** se, al momento dell'apertura della successione, godeva degli alimenti a carico del coniuge deceduto; l'assegno è commisurato alle sostanze ereditarie e alla qualità e al numero degli eredi legittimi, e non è comunque superiore a quella della prestazione alimentare goduta (art. 548, 2° comma, c.c.).

La tassatività degli effetti dell'addebito fa sì, nella pratica, che il coniuge economicamente più debole (non obbligato, pertanto, al mantenimento dell'altro) non domandi l'addebito della sepa-

razione, pur in presenza di gravi violazioni degli obblighi coniugali commesse dal *partner*, preferendo la “via breve” della separazione consensuale.

Negli ultimi anni, tuttavia, una parte della giurisprudenza riconosce che, dinanzi a violazioni degli obblighi coniugali che integrino lesioni di diritti fondamentali della persona, il coniuge possa domandare, oltre all’addebito della separazione, anche il **risarcimento del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c.** (Cass., 10 maggio 2005, n. 8901). Allo stesso modo, non pare esservi alcuna ragione per escludere che la richiesta risarcitoria possa essere formulata *in luogo* della domanda di addebito.

2.2. Il procedimento

Il procedimento di separazione giudiziale (artt. 706-710 c.p.c.) inizia col **ricorso** di uno dei coniugi (secondo la giurisprudenza, anche di quello il cui comportamento ha reso intollerabile la prosecuzione della convivenza).

Nella prima fase, i coniugi compaiono avanti al Presidente del Tribunale, il quale ne sente le rispettive ragioni (prima separatamente e poi congiuntamente) e tenta di conciliarli. Se la conciliazione non riesce, il Presidente del Tribunale autorizza i coniugi a vivere separatamente e dà i **provvedimenti temporanei e urgenti** che reputa opportuni nell’interesse dei coniugi e della prole. Tali provvedimenti possono avere ad oggetto l’affidamento dei figli, il mantenimento del coniuge economicamente più debole e dei figli e, infine, l’assegnazione della casa familiare.

Prima dell’emanazione dei provvedimenti provvisori, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d’ufficio, mezzi di prova e dispone, inoltre, l’**audizione del figlio minore** che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento (art. 155 *sexies* c.c.).

Qualora ne ravvisi l’opportunità, il giudice, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l’adozione dei provvedimenti provvisori invitando i coniugi a tentare una **mediazione familiare**, avvalendosi di esperti al fine di raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell’interesse morale e materiale dei figli.

Con il medesimo provvedimento, il Presidente fissa l’udienza per la prosecuzione del giudizio e fissa il giudice che procederà all’**istruzione della causa**. Avverso l’ordinanza del Presidente è ammesso reclamo avanti la Corte d’Appello.

Il processo è definito con **sentenza** emessa dal Tribunale (in composizione collegiale), avverso la quale può essere proposto appello e, successivamente, ricorso per cassazione. I provvedimenti contenuti nella sentenza di separazione (sebbene non passata in giudicato) sostituiscono integralmente quelli temporanei e urgenti emanati, nella prima fase del giudizio, dal Presidente del Tribunale.

Nel corso del giudizio di separazione, il giudice, a fronte della condotta di uno dei coniugi che determini grave pregiudizio all’integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell’altro coniuge o dei figli, può pronunciare gli **ordini di protezione contro gli abusi familiari** previsti dall’art. 342 *ter* c.c. (art. 8, 1° comma, l. 4 aprile 2001, n. 154).

3. La separazione consensuale

Se i coniugi concordano sulla decisione di separarsi e sulle condizioni della loro separazione relative all’affidamento dei figli, agli obblighi di mantenimento e all’assegnazione della casa familiare, essi possono presentare ricorso al tribunale e domandare che il giudice dichiari, con decreto, l’efficacia di tale accordo (art. 158 c.c.).

La separazione consensuale costituisce una forma di separazione legale assai più semplice e rapida della separazione giudiziale. L’accordo tra i coniugi, infatti, rende superflua l’attività istruttoria che conduce alla pronuncia con sentenza.

Al pari di quella giudiziale, la separazione consensuale presuppone l’intollerabilità della prosecuzione della convivenza (o il grave pregiudizio all’educazione della prole). La diversa opinione – pur autorevolmente sostenuta in dottrina – non trova conferma nella lettera della legge, che prevede l’obbligo del Presidente del Tribunale di esperire il tentativo di conciliazione (art. 711,

1° comma, c.c.). Del resto, una separazione personale che trovi il proprio titolo, autonomo e sufficiente, nella mera volontà dei coniugi non pare conforme al complesso di principi e di norme, che regolano l'istituto matrimoniale.

L'accordo dei coniugi non costituisce un contratto (posto che non regola un rapporto giuridico patrimoniale), ma un c.d. *negozio bilaterale di diritto familiare*. Pertanto, ciascun coniuge può revocare il proprio consenso alla separazione fino all'emanazione del decreto di omologazione.

In sede di separazione consensuale, i coniugi non possono limitarsi a concordare unicamente la loro separazione, ma devono definire, altresì, tutte le condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole (*ex* art. 711, 3° comma, c.p.c.).

Il giudice (il tribunale, in composizione collegiale, all'atto dell'omologazione) non può esercitare alcun sindacato né sulle ragioni che inducono i coniugi alla separazione, né sulla regolamentazione adottata con riguardo ai reciproci obblighi di mantenimento. Il controllo deve essere esercitato, invece, sui patti concernenti l'affidamento e il mantenimento dei figli. Nel caso di contrasto con gli interessi della prole, il Presidente del Tribunale riconvoca i coniugi e indica le modificazioni da adottare. Qualora i coniugi non accettino la proposta del giudice o non addivengano ad altra idonea soluzione, il Tribunale rifiuta, allo stato, l'omologazione (art. 158, 2° comma, c.c.).

Avverso il decreto, con cui il Tribunale concede o nega l'omologazione, i coniugi possono proporre impugnazione. Peraltro, l'art. 158 c.c. precisa che il diniego di omologazione è pronunciato, comunque, "allo stato". Ciò significa che i coniugi possono riproporre un nuovo ricorso, che contenga, oltre alla rinnovata volontà di separarsi, nuove pattuizioni, sulle quali il giudice opererà un nuovo giudizio di conformità agli interessi della prole.

La giurisprudenza ha escluso che la separazione consensuale possa essere oggetto di simulazione tra i coniugi, posto che la manifestazione dell'intento di separarsi, espressa avanti al Presidente del Tribunale unitamente alla richiesta di omologazione di tale loro volontà, determina l'automatica caducazione di efficacia di qualsivoglia pregresso o contestuale accordo simulatorio (Cass., 20 novembre 2003, n. 17607).

4. Gli effetti della separazione nei rapporti personali tra coniugi

Non sciogliendo il vincolo matrimoniale, la separazione legale non consente ai coniugi di riacquistare lo stato libero. Di regola, pertanto, ogniqualvolta la legge fa menzione del "coniuge", tale qualità deve essere riferita anche al coniuge separato.

Tale equiparazione, peraltro, è stata all'origine di alcuni dubbi di legittimità costituzionale, finora ritenuti infondati dal giudice delle leggi. Così, ad esempio, è stato escluso che l'art. 2941, n. 1, c.c. – secondo cui "la prescrizione rimane sospesa *tra i coniugi*" – sia costituzionalmente illegittimo per il fatto di equiparare la condizione del coniuge legalmente separato a quella del coniuge non separato (Corte cost. 19 febbraio 1976, n. 35).

Ciononostante, la cessazione della coabitazione costituisce il fondamento di una serie di **effetti**, tipizzati dal legislatore, relativi ai rapporti personali tra i coniugi.

A) In primo luogo, la **presunzione di concepimento durante il matrimonio** – *id est*, presunzione di paternità del marito – non opera rispetto al figlio nato oltre trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di separazione consensuale, ovvero dalla data di comparizione dei coniugi avanti al giudice quando gli stessi sono stati autorizzati a vivere separatamente nelle more del giudizio di separazione (art. 232, 2° comma, c.c.).

B) La moglie separata può continuare, di regola, a fare **uso del cognome del marito**. Su richiesta del marito, però, il giudice può vietare l'uso del cognome quando questo risulti gravemente pregiudizievole (art. 156 *bis* c.c.).

La norma contiene una previsione corrispondente, secondo la quale **il giudice può *autorizzare* la moglie a non usare il cognome del marito**, *quando dall'uso possa derivarle grave pregiudizio* (art. 158, 2° comma, ultima parte, c.c.). Si tratta, peraltro, di un'autorizzazione, nella pratica, del tutto superflua, sia per la mancanza di norme che impongano alla donna di fare uso, in talune situazioni, del cognome del marito, sia per l'evoluzione dei costumi sociali che vanno sempre più relegando nell'ambito della desuetudine l'uso del cognome maritale da parte della moglie.

C) Tra coniugi separati non si applica **la causa di non punibilità, prevista dall'art. 649 c.p. con riguardo ai delitti contro il patrimonio**: la separazione personale, infatti, rende punibili tali reati *a querela* del coniuge offeso (art. 649, 2° comma, c.p.); la causa di non punibilità, in ogni caso, non opera rispetto ai delitti di rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione (procedibili, peraltro, d'ufficio) e per ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone.

D) Vi è dibattito, in dottrina, sulla permanente vigenza, durante lo stato di separazione personale, degli **obblighi coniugali previsti dall'art. 143 c.c.** Secondo la tesi che appare preferibile, come conseguenza della sospensione dell'obbligo di coabitazione, deve ritenersi parimenti sospesi gli obblighi di fedeltà e di assistenza morale. Il dovere di collaborazione nell'interesse della famiglia conserva, invece, la sua valenza in presenza di figli minori. Allo stesso modo, permangono i doveri di assistenza materiale e di contribuzione ai bisogni della famiglia (art. 143 c.c.), che attengono, però, all'ambito dei rapporti patrimoniali (§ 5) e sono *modificati* e *determinati*, nel contenuto e nelle modalità di attuazione, dalle statuizioni del giudice (nella separazione giudiziale) o dall'accordo tra i coniugi (nella separazione consensuale).

5. Gli effetti della separazione nei rapporti patrimoniali tra coniugi

Sul piano del regime patrimoniale tra coniugi, la separazione determina l'**estinzione della comunione legale** (art. 191 c.c.; Sez. IV, II, § 6.1). Nessun effetto produce, invece, la separazione sul fondo patrimoniale e sull'impresa familiare.

La separazione personale non incide, di per sé, neppure sulla tutela previdenziale. Il coniuge separato – se titolare di diritto all'assegno di mantenimento (posto che, in caso contrario, non può operare la presunzione legale di vivenza a carico del lavoratore al momento della morte: Cass., 18 giugno 2004, n. 11428) – ha diritto, pertanto, alla **pensione di reversibilità** (o alle altre indennità previste dalle normative di settore in favore del coniuge superstite), nonché al **trattamento di fine rapporto** e all'**indennità per il caso di morte** (art. 2122 c.c.).

In alcune norme speciali, antecedenti alla riforma del diritto di famiglia, tuttavia, era previsto che il diritto alla pensione di reversibilità non spettasse al coniuge separato "per colpa".

Tali disposizioni devono ritenersi, oggi, costituzionalmente illegittime, atteso che il diritto alla pensione di reversibilità è previsto in favore del coniuge del divorziato, quando egli sia titolare dell'assegno di divorzio (art. 9, 2° comma, l. n. 898 del 1970). Orbene, posto che l'assegno di divorzio può essere attribuito anche al coniuge separato con addebito, non v'è ragione per continuare a negare al coniuge separato con addebito (figura che sostituisce quella, precedente, del coniuge separato "per colpa") il diritto alla pensione di reversibilità.

Tale ragionamento è stato accolto dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittimo

l'art. 20, 1° comma, lett. *a*), l. 2 febbraio 1973, n. 12, relativo al trattamento pensionistico corrisposto dall'ente nazionale assistenza agenti e rappresentanti di commercio, nella parte in cui esclude dal diritto a pensione di reversibilità il coniuge superstite, quando sia stata pronunziata la sentenza di separazione legale per colpa dello stesso (sentenza 3 novembre 1988, n. 1009). Anche la Corte di Cassazione ha sancito che il diritto alla pensione di reversibilità spetta al coniuge separato con addebito (sentenza 19 marzo 2009, n. 6684), purché – per la stessa ragione per cui, in difetto di addebito, occorre la titolarità del diritto all'assegno di mantenimento – egli sia titolare del diritto agli alimenti.

Altro effetto patrimoniale, di particolare importanza, consiste nell'obbligo di un coniuge di corrispondere all'altro, cui non sia addebitabile la separazione e che non abbia adeguati redditi propri, un **assegno di mantenimento**, determinato dal giudice in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato (art. 156, 1° e 2° comma, c.c.).

Il presupposto della *mancanza di adeguati redditi propri* deve essere commisurato rispetto al tenore di vita goduto dai coniugi durante la coabitazione. Occorre, cioè, che tra i coniugi sussista una *disparità economica* tale che la separazione impedisca ad uno di essi di mantenere, sulla base dei suoi soli redditi, il tenore di vita matrimoniale.

La permanenza del vincolo coniugale giustifica, infatti, la volontà del legislatore di prevenire il peggioramento della condizione economica di un coniuge come conseguenza dello stato di separazione. Inoltre, se la separazione potesse privare uno dei coniugi del tenore di vita matrimoniale, questi potrebbe essere indotto a non far valere (e, quindi, a subire) l'intollerabilità della convivenza, con grave pregiudizio per sé e, eventualmente, anche per la prole.

La vastissima giurisprudenza in materia si è sforzata di precisare le caratteristiche dell'istituto e i **parametri della valutazione giudiziale**. Sinteticamente, si può affermare che:

a) il "tenore di vita matrimoniale" è costituito dalle potenzialità economiche complessive dei coniugi durante il matrimonio, non avendo invece rilievo il più modesto livello di vita eventualmente subito o tollerato dal coniuge richiedente l'assegno;

b) poiché la valutazione di adeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge richiedente rispetto al tenore di vita matrimoniale deve tenere conto delle potenzialità economiche dei coniugi, hanno rilevanza, ai fini della quantificazione dell'assegno, anche gli incrementi reddituali ottenuti dal coniuge obbligato nelle more del giudizio di separazione (o anche successivamente alla separazione stessa);

c) in sede di determinazione del *quantum*, il giudice deve tenere conto di tutte le circostanze di fatto apprezzabili in termini economici, anche diverse dal mero reddito dell'obbligato, quali, ad esempio, la titolarità di beni mobili o immobili, la scelta del coniuge obbligato al mantenimento di cessare l'attività professionale, nonché il vantaggio derivante, in favore del coniuge avente diritto all'assegno di mantenimento, dall'eventuale godimento della casa familiare;

d) se, durante il matrimonio, i coniugi avevano concordato – o, quanto meno, accettato – che uno di essi non lavorasse, l'efficacia di tale accordo permane anche durante la separazione, proprio perché la separazione tende a conservare il più possibile gli effetti del matrimonio compatibili con la cessazione della convivenza.

Vi è contrasto, invece, sull'incidenza, rispetto al *quantum* dell'assegno di mantenimento, degli ulteriori obblighi di mantenimento sorti a carico del coniuge obbligato in conseguenza degli obblighi di mantenimento dei figli nati da una nuova relazione.

La prova della condizione economica dei coniugi può essere data con ogni mezzo. Si ritiene applicabile la norma dettata in materia di divorzio (art. 5, 9° comma, l. n. 898 del 1970), che attribuisce al tribunale, in caso di contestazioni, il potere di disporre indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria.

Per ottenere l'assegno di mantenimento, il coniuge avente diritto deve proporne **domanda** giudiziale.

Egli può rinunciare all'assegno, ma tale **rinuncia** non pregiudica il suo diritto di richiederlo nuovamente qualora sopravvengano giustificati motivi (art. 156, 7° comma, c.c.; § 7).

Il coniuge separato con addebito non ha diritto al mantenimento, ma, ove versi in stato di bisogno, ai soli **alimenti legali** (artt. 433 ss. c.c.).

5.1. Le misure a tutela del diritto all'assegno di mantenimento

La legge prevede talune misure preventive dell'inadempimento del coniuge obbligato o finalizzate a rendere effettiva la riscossione dell'assegno da parte del coniuge avente diritto.

a) In primo luogo, il giudice che pronuncia la separazione può imporre al coniuge obbligato di prestare **idonea garanzia reale o personale**, se ritiene sussistente il pericolo che l'obbligato possa sottrarsi all'adempimento (art. 156, 4° comma, c.c.).

Il dato letterale della norma non consente di estenderne l'applicabilità anche alle more del procedimento di separazione giudiziale e, in particolare, con riferimento al provvedimento, con cui il Presidente del Tribunale, in sede di provvedimenti temporanei e urgenti, attribuisce a uno dei coniugi il diritto all'assegno di mantenimento. Sul punto, peraltro, appare manifesta l'illegittimità costituzionale della norma, per le stesse ragioni per cui la stessa illegittimità è stata affermata dalla Corte costituzionale con riguardo all'istituto del sequestro dei beni del coniuge obbligato (*infra*, lett. *c*).

Per imporre un'idonea garanzia, il giudice deve compiere una valutazione prognostica sulla base della condotta del coniuge obbligato. Rileveranno, ad esempio, gli atti di alienazione di beni, i comportamenti volontari finalizzati alla diminuzione del reddito, il pregresso inadempimento dell'obbligo di mantenimento sancito con l'ordinanza presidenziale, ecc.

La norma in esame non si applica, ovviamente, nella separazione consensuale, laddove soltanto i coniugi possono stabilire eventuali garanzie a presidio del diritto al mantenimento.

b) La sentenza di separazione, che condanna uno dei coniugi a corrispondere all'altro un assegno di mantenimento rientra nel novero di provvedimenti che portano "condanna al pagamento di una somma", i quali – ai sensi dell'art. 2818 c.c. – costituiscono titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore. Del tutto coerentemente, quindi, l'art. 156, 5° comma, c.c., ribadisce che la sentenza di separazione costituisce titolo per l'iscrizione dell'**ipoteca giudiziale**.

Per effetto di un intervento additivo della Corte costituzionale, anche il decreto di omologazione della separazione consensuale consente la medesima iscrizione (sentenza 18 febbraio 1988, n. 186).

c) Qualora il coniuge obbligato si riveli inadempiente, il giudice, su richiesta dell'avente diritto, può emanare due provvedimenti volti a fare ottenere il soddisfacimento coattivo del credito.

La prima di tali misure è costituita dal **sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato** (art. 156, 6° comma, prima parte, c.c.).

Si tratta di una misura cautelare atipica e distinta dal sequestro conservativo ordinario (art. 671 c.p.c.), in quanto priva del nesso di strumentalità rispetto a un giudizio ordinario.

La Corte costituzionale ha stabilito che il sequestro possa essere disposto anche dal giudice istruttore della causa di separazione, nel caso in cui il coniuge si riveli inadempiente all'obbligo sancito nell'ordinanza presidenziale (*ex* art. 708, 3° comma, c.p.c.).

d) La seconda misura, che il giudice può adottare in seguito all'inadempimento, consiste nell'**ordine al terzo, tenuto a corrispondere anche periodicamente**

somme di denaro all'obbligato, di versare parte di esse direttamente al coniuge avente diritto al mantenimento (art. 156, 6° comma, ultima parte, c.c.).

Si tratta di una misura particolarmente efficace nell'ipotesi in cui il coniuge inadempiente sia lavoratore dipendente e, quindi, destinatario di una retribuzione periodica.

La giurisprudenza, in sede di applicazione dell'istituto, ha opportunamente precisato che la previsione, secondo cui l'ordine di pagamento può avere ad oggetto soltanto "una parte" delle somme dovute dal terzo, deve essere interpretata nel senso che il giudice possa legittimamente disporre il pagamento diretto dell'intera somma dovuta dal terzo, quando questa non ecceda l'importo dell'assegno di mantenimento dovuto all'avente diritto.

6. Gli effetti della separazione nei confronti dei figli

La separazione personale tra coniugi non incide sui doveri dei genitori verso i figli (art. 147 c.c.).

L'interruzione della coabitazione tra coniugi determina, però, un'inevitabile modificazione nell'*attuazione* dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione, posto che, in conseguenza della rottura dell'unità familiare, viene ad essere recisa la relazione quotidiana e diretta tra i figli ed uno dei genitori.

Tutto ciò presuppone, ovviamente, che i figli siano tali rispetto ad entrambi i coniugi separati. Nel caso in cui il rapporto di filiazione sussista, invece, soltanto con uno dei due coniugi, il giudice non adotta alcun provvedimento, continuando a gravare gli obblighi di cui all'art. 147 c.c. automaticamente sul solo coniuge-genitore.

La legge prevede che, per effetto della separazione, il giudice debba adottare **tre provvedimenti** riguardanti i figli:

a) disporre, in primo luogo, l'affidamento dei figli minori e pronunciare, eventualmente, altri provvedimenti opportuni, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della prole (art. 155, 2° comma, c.c.);

b) verificare che l'attuazione dell'obbligo di mantenimento dei figli avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità al rispettivo reddito di ciascun genitore e stabilire, ove necessario, a carico del genitore presso il quale la prole non sia prevalentemente collocata, la corresponsione di un assegno periodico in favore dell'altro (art. 155, 4° comma, c.c.);

c) assegnare la casa familiare al genitore presso il quale i figli siano prevalentemente collocati (art. 155 *quater* c.c.).

Questi tre aspetti sono gli stessi sui quali, in caso di separazione consensuale, i coniugi devono stipulare un accordo, di cui il giudice è tenuto a verificare d'ufficio la conformità all'interesse dei figli (art. 158, 2° comma, c.c.).

6.1. L'affidamento condiviso dei figli minori

In caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi. Tale "**diritto alla bigenitorialità**" – già riconosciuto, invero, in fonti sovranazionali, quali la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art. 9, 3° comma) e la Carta di Nizza (art. 24), nonché nella quasi totalità degli ordinamenti europei – è stato introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54 (*Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condivi-*

so dei figli), che costituisce certamente la più profonda modifica normativa del diritto della famiglia dopo la riforma del 1975.

Tale scelta normativa – da tempo sollecitata da una parte dell'opinione pubblica e, in particolare, dalle associazioni di "padri separati" fautrici di un diritto alla pari genitorialità sovente compresso dall'assoluta prevalenza di provvedimenti giudiziari di affidamento esclusivo in favore della madre, con limitazioni quantitative e qualitative dei tempi di permanenza con il padre – è stata realizzata con modalità tecniche all'origine di non poche difficoltà interpretative, spesso causa di soluzioni giurisprudenziali diverse e, talvolta, contrastanti.

Se è vero che alla base del modello dell'affidamento condiviso vi è l'intento del legislatore di riequilibrare rispetto al passato le modalità di frequentazione della prole, deve escludersi, tuttavia, che l'affidamento condiviso implichi la matematica ripartizione tra i genitori dei tempi di permanenza con il figlio; l'affidamento condiviso è compatibile, infatti, con il "collocamento prevalente" della prole presso uno dei genitori, al quale – al fine di assicurare stabilità dell'*habitat* domestico e continuità nelle abitudini di vita – dovrà essere disposta altresì, di regola, l'assegnazione della casa familiare.

Il giudice, pertanto, valuta "prioritariamente" la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori, fissando la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli, e prendendo atto altresì degli accordi intervenuti tra i genitori, se non contrari all'interesse dei figli (art. 155, 2° comma, c.c.); qualora ritenga, invece, che l'affidamento condiviso sia contrario all'interesse del minore, il giudice, con provvedimento motivato, può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori (art. 155 *bis* c.c.).

Per le sue caratteristiche, l'affidamento condiviso renderebbe auspicabile il massimo spirito collaborativo tra i genitori, ma deve escludersi che la conflittualità tra di essi oppure la mancata contestuale presenza di entrambi nella zona geografica di residenza del minore costituiscano ragioni ostative all'affidamento condiviso.

Nell'affidamento condiviso, la **potestà genitoriale** è esercitata da entrambi i genitori, i quali assumono di comune accordo le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute dei figli, tenendo conto delle loro capacità, aspirazioni e inclinazioni naturali. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Per le questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente (art. 155, 3° comma, c.c.). Tale possibilità di esercizio disgiunto della potestà nell'ordinaria amministrazione è, peraltro, da preferirsi largamente, per evitare che i genitori debbano ricercare il consenso anche su questioni di minima importanza connesse alla quotidianità dell'agire.

Nell'affidamento esclusivo, invece, la titolarità della potestà appartiene ad entrambi i genitori, ma l'esercizio spetta al solo genitore affidatario, come appare del resto comprensibile in considerazione della "eccezionalità" dell'affidamento esclusivo, che il legislatore ha inteso confinare ai soli casi di manifesta e grave inidoneità di un genitore sul piano educativo.

6.2. L'obbligo di mantenimento dei figli

Ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito. Al fine di realizzare il principio di proporzionalità, salvi gli accordi che i genitori stipulino tra loro, il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico, da determinare considerando: 1) le attuali esigenze del figlio; 2) il

tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori; 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore; 4) le risorse economiche di entrambi i genitori; 5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore (art. 155, 4° comma, c.c.). La congruità dell'assegno è valutata dal giudice anche in sede di separazione consensuale.

Ove disposto, *l'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice* (art. 155, 5° comma, c.c.). Ai fini della determinazione del contributo, le parti possono ricorrere a ogni mezzo di prova e, *ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi* (art. 155, 6° comma, c.c.).

L'assegno è suddiviso solitamente, nella prassi, nel pagamento di una somma determinata (da corrispondersi all'inizio di ogni mese) e nell'**obbligo di corrispondere *pro quota* le spese straordinarie** (per esigenze di salute o per vacanze, sport, ecc.). L'eventuale controversia circa la natura ordinaria o straordinaria della spesa è risolta dal giudice.

L'assegno di mantenimento è dovuto anche in favore dei **figli maggiorenni**, i quali non siano ancora economicamente autosufficienti. La l. n. 54 del 2006 ha innovato rispetto alla precedente prassi giurisprudenziale, che riconosceva al genitore convivente la legittimazione ad agire iure proprio per ottenere la corresponsione dell'assegno. Ora è previsto, invece, che l'assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto (art. 155 *quinquies* c.c.)

Ai figli maggiorenni portatori di *handicap* grave ai sensi dell'art. 3, 3° comma, l. 5 febbraio 1992, n. 104, si applicano integralmente le disposizioni previste in favore dei figli minori.

6.3. L'assegnazione della casa familiare

Con una disposizione assolutamente innovativa rispetto al passato, il legislatore del 1975 aveva attribuito al giudice della separazione il potere di assegnare *la casa familiare, di preferenza e ove possibile, al coniuge affidatario della prole* (art. 155, 4° comma, c.c., abrogato).

Con tale previsione, la legge aveva inteso tutelare l'**interesse dei figli** a non subire, oltre alla rottura dell'unità familiare e della convivenza tra i genitori, l'ulteriore trauma – conseguente all'eventuale affidamento al coniuge non titolare di alcun diritto (reale o personale) sull'immobile adibito a residenza della famiglia – dell'abbandono dell'*habitat* domestico, in cui si è svolta, fino a quel momento, la loro vita quotidiana.

In considerazione di tale *ratio*, già sotto il vigore della norma abrogata la giurisprudenza aveva risolto alcune problematiche interpretative in senso estensivo.

a) In primo luogo – nonostante la diversa formulazione letterale rispetto a quella adoprata dal legislatore con riguardo ai diritti successori del coniuge superstite sulla casa di proprietà comune o del coniuge defunto (art. 540, 2° comma, c.c.) – si ritiene unanimemente che il provvedimento di assegnazione comprenda non soltanto l'**immobile**, ma anche i **beni mobili che corredano la casa familiare** (ad eccezione dei beni strettamente personali del coniuge non assegnatario).

b) Può parimenti ritenersi risolto il problema della **qualificazione giuridica del diritto attribuito dal provvedimento di assegnazione**, la giurisprudenza e la prevalente dottrina ritengono un **diritto personale di godimento** (e non già di un diritto *reale* di abitazione: art. 1022 c.c.)

c) L'assegnazione della casa familiare può essere disposta tanto nel caso in cui l'immobile sia oggetto di un **diritto reale** (proprietà, usufrutto, ecc.) facente capo ad uno o ad entrambi in coniugi, quanto nel caso in cui il godimento del bene derivi da **contratto costitutivo di un mero diritto personale** (locazione, comodato).

A fronte di qualche iniziale perplessità, l'**art. 6, l. 27 luglio 1978, n. 392**, stabilì espressamente che l'assegnazione della casa familiare determinava la successione *ex lege* del coniuge assegnatario nel rapporto di locazione, lasciando così presupporre l'ammissibilità dell'assegnazione stessa in presenza di diritto personale di godimento.

Oltre che nell'ipotesi di locazione, l'assegnazione è possibile anche qualora l'immobile sia detenuto da uno o da entrambi i coniugi a titolo di **comodato**. In tal caso, tuttavia, il provvedimento giudiziale (o l'assegnazione consensualmente prevista) non priva il comodante della facoltà di esercitare, anche nei confronti del coniuge assegnatario, la facoltà di recedere dal contratto e richiedere la restituzione del bene, nei casi e nei modi previsti dal contratto stesso (artt. 1809-1810 c.c.), salvo che il comodato sia stato concesso con l'accordo sulla destinazione dell'immobile a casa familiare, che funge allora da "termine implicito" di durata, con la conseguenza che – come hanno affermato le Sezioni Unite (sentenza 21 luglio 2004 n. 13603) – anche nel caso di separazione, divorzio o cessazione della convivenza *more uxorio*, l'assegnazione della casa familiare determina la prosecuzione del rapporto contrattuale nei confronti del genitore assegnatario.

Il **nuovo art. 155 *quater* c.c.** – introdotto dalla l. n. 54 del 2006 – stabilisce che *"Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643"*.

Tale norma – nel ribadire implicitamente la necessità di garantire l'interesse dei figli a conservare l'ambiente domestico in cui si è svolta la loro esistenza fino alla disgregazione dell'unità della famiglia – consente di ritenere che, anche nel caso di affidamento condiviso, il giudice ha il potere-dovere di determinare una localizzazione prevalente della vita della prole, a tutela della quale egli provvede ad assegnare la casa familiare al genitore con il quale i figli, secondo il piano di affidamento predisposto nel provvedimento giudiziario, debbano intrattenere più stabili e frequenti relazioni.

La *ratio* e il tenore letterale della norma (assai simili a quelli dell'abrogato art. 155, 4° comma, c.c.) consentono di escludere che, in mancanza di figli, l'assegnazione della casa familiare possa assolvere alla diversa funzione di componente "in natura" del contributo di mantenimento eventualmente dovuto in favore del c.d. "coniuge debole" *ex* art. 156 c.c.

Da questo punto di vista, il legislatore ha inteso certamente uniformarsi alla pregressa e consolidata interpretazione giurisprudenziale adottata, tra l'altro, da conformi pronunciamenti delle Sezioni Unite (sentenza 23 aprile 1982, n. 2494, riguardante l'assegnazione della casa familiare nella separazione personale; sentenza 28 ottobre 1995, n. 11297, per l'analoga problematica in materia di divorzio).

Con la previsione secondo cui *"dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà"*, invece, il legislatore ha inteso semplicemente adottare la regola già elaborata dalla giurisprudenza, che imponeva, in sede di determinazione del contributo dovuto per il mantenimento dei figli e del coniuge, di imputare il beneficio economico derivan-

te a quest'ultimo dalla detenzione dell'immobile di proprietà del coniuge obbligato. Dell'assegnazione della casa familiare, pertanto, il giudice dovrà tenere conto in sede di determinazione del contributo dovuto dal coniuge non assegnatario nei confronti dei figli, nonché dell'eventuale contributo di mantenimento dovuto dall'uno in favore dell'altro coniuge.

L'art. 155 *quater*, 1° comma, c.c., stabilisce, poi, che *"il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643"*.

La decisione legislativa di includere il provvedimento di assegnazione della casa familiare tra gli atti soggetti a trascrizione *a norma dell'art. 2643* evidenzia l'intento di attribuire alla trascrizione stessa l'efficacia di opponibilità del diritto ai terzi, sancita dal successivo art. 2644 c.c., che comporterà, ad esempio, che l'eventuale conflitto tra il coniuge assegnatario e colui che abbia ottenuto dal coniuge proprietario un diverso diritto sull'immobile (si pensi, ad esempio, ad un contratto di locazione ultranovennale) debba essere risolto in base al criterio della priorità della trascrizione.

Escluso, quindi, che la trascrizione del provvedimento di assegnazione possa avere funzione di mera pubblicità – notizia, si pone il problema della compatibilità tra la previsione dell'art. 155 *quater* c.c. e l'art. 6, 6° comma, l. n. 898 del 1970, che – nel disciplinare l'ipotesi dell'alienazione dell'immobile – è stato interpretato dalla Suprema Corte (Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096) nel senso che, grazie al richiamo all'art. 1599 c.c., il provvedimento di assegnazione, *se trascritto*, è opponibile al terzo acquirente senza limiti di tempo (salva la sopravvenuta caducazione dell'interesse dei figli alla detenzione), e, *se non trascritto*, è comunque opponibile nei limiti di un novennio (art. 1599, 3° comma, c.c.).

L'art. 1599 c.c. è, invero, una norma *speciale* rispetto all'art. 2643 c.c., poiché non regola il conflitto tra il conduttore e qualunque altro titolare di un diritto incompatibile, ma si limita a stabilire le condizioni affinché la locazione sia opponibile al terzo acquirente della cosa locata. Poiché *lex posterius specialis non derogat priori generali*, deve affermarsi che – mentre il conflitto tra l'assegnatario e il titolare di altro diritto incompatibile (ad esempio, un conduttore in base a locazione ultranovennale) è risolto dall'art. 2644 c.c. – l'opponibilità nei confronti del terzo acquirente resta disciplinata, invece, dall'art. 1599 c.c., stante la norma espressamente dettata in materia di divorzio (art. 6, 6° comma, l. n. 898 del 1970) e resa applicabile alla separazione personale e alle convivenze *more uxorio* da pronunce della Corte costituzionale (C. Cost. 27 luglio 1989, n. 454; C. Cost. 21 ottobre 2005, n. 394).

In definitiva, l'attuale combinato disposto degli artt. 155 *quarter* c.c. e 6, 6° comma, l. n. 898 del 1970 consente la seguente ricostruzione delle funzioni e degli effetti della trascrizione del provvedimento di assegnazione della casa familiare:

1) la trascrizione ha funzione dichiarativa ai sensi dell'art. 2644 c.c. e, di conseguenza, risolve il conflitto tra il diritto del coniuge assegnatario e i titolari di diritti incompatibili;

2) l'opponibilità nei confronti del terzo acquirente del bene immobile resta disciplinata dalla norma speciale dell'art. 1599 c.c. e, pertanto, il provvedimento di assegnazione non trascritto consente all'assegnatario il godimento del bene immobile nei soli limiti del novennio, secondo l'interpretazione accolta da Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096.

L'art. 155 *quater*, 1° comma, c.c. prevede, infine, che il diritto all'assegnazione della casa familiare si estingua: a) *se l'assegnatario non abiti la casa familiare;* b) *se l'assegnatario cessi di abitare stabilmente nella casa familiare;* c) *se l'assegnatario instauri una convivenza* more uxorio *all'interno della casa oggetto di assegnazione;* d) *se, infine, l'assegnatario contragga nuovo matrimonio.*

Con riguardo alla prima ipotesi, si tratta di casi eccezionali, nei quali – per sopravvenute o imprevedibili ragioni – l'assegnatario decide di non beneficiare del godimento riconosciutogli. La decisione di non abitare la casa familiare, pur in presenza del provvedimento di assegnazione, può rivelarsi, d'altra parte, pregiudizievole nei confronti dei figli e configurare il presupposto

indicato dal nuovo art. 709 *ter* c.p.c. per la modifica dei provvedimenti e per un ulteriore provvedimento sanzionatorio nei confronti del coniuge assegnatario dell'immobile.

Nei casi di estinzione per nuovo matrimonio o per convivenza *more uxorio*, invece, appare evidente come il legislatore abbia inteso sottolineare la strumentalità dell'assegnazione alla sola realizzazione dell'interesse dei figli al mantenimento del pregresso ambiente domestico e abbia voluto evitare che l'assegnazione dell'immobile rappresenti la realizzazione dell'esigenza abitativa di un soggetto – come il coniuge o convivente del genitore assegnatario – portatore di un interesse affettivo potenzialmente in contrasto con il diritto del figlio *"...di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno [dei genitori]"*. La nuova disposizione individua, pertanto, una nozione estesa di "casa familiare": non mero luogo fisico ove "collocare" la residenza della prole in seguito alla cessazione della convivenza coniugale, ma ambiente idoneo ad accompagnare, con caratteristiche per quanto possibile simili a quelle precedenti, l'esistenza, lo sviluppo e la crescita dei figli. Tale causa di estinzione del diritto di abitazione della casa familiare si fonda, in definitiva, sulla tutela dell'interesse dei figli a non assistere ad una sorta di "sostituzione" della figura genitoriale del coniuge non assegnatario proprio all'interno di quel contesto fisico-ambientale in cui si era svolta la loro esistenza fino alla fase della disgregazione della convivenza familiare. V'è da segnalare, tuttavia, che – chiamata a valutare la legittimità della previsione – la Corte costituzionale (sentenza 30 luglio 2008, n. 308), nel dichiarare infondata la questione, ha sancito la necessità di interpretare la norma nel senso che l'assegnazione della casa coniugale non venga meno di diritto al verificarsi degli eventi di cui si tratta (instaurazione di una convivenza di fatto, nuovo matrimonio), ma che la decadenza dalla stessa sia subordinata a una valutazione giudiziale di conformità all'interesse del minore.

7. La modifica o la revoca dei provvedimenti

Il codice civile prevede espressamente che i genitori hanno diritto di chiedere in ogni tempo la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, l'attribuzione dell'esercizio della potestà su di essi e delle eventuali disposizioni relative alla misura e alla modalità del contributo (art. 155 *ter* c.c.).

Ciò vale sia per i provvedimenti emessi dal Presidente del Tribunale in via temporanea e urgente, sia per quelli eventualmente adottati (in difformità rispetto alla precedente ordinanza presidenziale) dal giudice istruttore del processo di separazione, sia, infine, per quelli contenuti nella sentenza di separazione giudiziale.

La stessa possibilità di revisione (senza limiti di tempo e senza bisogno di mutamenti nelle circostanze di fatto) è prevista anche per gli accordi stipulati dai coniugi nella separazione consensuale relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli (art. 711, ult. comma, c.p.c.).

Per quel che concerne, invece, i **provvedimenti nei confronti dei coniugi**, l'art. 156, ult. comma, c.c., stabilisce che la revoca o la modifica possono essere disposte soltanto *qualora sopravvengano giustificati motivi*. Tale *sopravvenienza* deve ritenersi necessaria in relazione sia ai provvedimenti temporanei e urgenti del Presidente del Tribunale, sia a quelli contenuti nella sentenza di separazione giudiziale, sia, infine, agli accordi stipulati dai coniugi nella separazione consensuale.

8. La soluzione delle controversie tra coniugi e i provvedimenti in caso di inadempienze o violazioni

I genitori possono rivolgersi al giudice in presenza di controversie in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o delle modalità dell'affidamento. Il giudice, in seguito al ricorso di un genitore, convoca le parti e adotta i provvedimenti opportuni (art. 709 *ter* c.p.c., introdotto dalla l. n. 54 del 2006).

Qualora verifichi la consumazione di gravi inadempienze o il compimento di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle

modalità dell'affidamento, il giudice – come previsto dal nuovo art. 709 *ter*, 2° comma, c.p.c. – può modificare i provvedimenti in vigore e può, anche congiuntamente:

1) ammonire il genitore inadempiente;

2) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti del minore;

3) disporre il risarcimento dei danni, a carico di uno dei genitori, nei confronti dell'altro;

4) condannare il genitore inadempiente al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, da un minimo di 75 euro a un massimo di 5000 euro a favore della Cassa delle ammende.

Data per scontata la natura prettamente sanzionatoria delle misure previste dai nn. 1 e 4, si discute se il risarcimento dei danni stabilito ai nn. 2 e 3 sia finalizzato al ristoro di un'effettiva lesione del diritto all'intangibilità della relazione tra genitore e figlio (e presupponga, altresì, l'allegazione e la prova del danno), oppure se tale risarcimento, al pari delle altre misure, presenti natura sanzionatoria e sia da considerare – come ritengono la dottrina e la giurisprudenza intervenute in sede di primo commento o applicazione della norma – alla stregua di una figura di *punitive damages* caratteristici degli ordinamenti di *common law*.

9. La riconciliazione

I coniugi possono far cessare gli effetti della separazione mediante la riconciliazione, senza che sia necessario l'intervento del giudice (art. 157 c.c.).

Le **forme** della riconciliazione sono due:

a) *la dichiarazione espressa*;

b) *il comportamento non equivoco incompatibile con lo stato di separazione*.

La **dichiarazione di riconciliazione** non è soggetta ad oneri di forma. Qualora, tuttavia, essa consista in un atto scritto, i coniugi possono richiederne l'annotazione nell'atto di matrimonio [art. 69, lett. *f*), ord. st. civ.].

La **riconciliazione per comportamenti concludenti** consiste nella totale ricostituzione della comunione materiale e spirituale dei coniugi. Non basta, quindi, la ripresa della mera coabitazione (per rimediare, ad esempio, ad un'esigenza abitativa temporanea) o la ripresa delle relazioni sessuali; in caso di controversia, spetta al giudice accertare che i comportamenti dei coniugi abbiano determinato l'effettivo ripristino del *consortium vitae*.

La **cessazione degli effetti della separazione** comporta la rinnovata vigenza degli obblighi tra coniugi (art. 143 c.c.), delle modalità di conduzione della vita familiare (art. 144 c.c.) e delle forme ordinarie di adempimento diretto degli obblighi nei confronti dei figli (art. 147 c.c.). Come si è detto (Sez. IV, II, § 6.3), la riconciliazione produce, altresì, la reviviscenza *ex nunc* del regime di comunione legale.

I provvedimenti relativi ai coniugi e alla prole perdono automaticamente efficacia. In caso di fatti sopravvenuti, che rendano nuovamente intollerabile la convivenza, occorrerà instaurare un nuovo procedimento per separazione giudiziale o stipulare un altro accordo per separazione consensuale. Il pregresso periodo di separazione non potrà essere computato per determinare il termine necessario a rendere proponibile la domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Se la riconciliazione si verifica nel corso del procedimento (prima, cioè, della sentenza di separazione o dell'omologa della separazione consensuale), la domanda si intende abbandonata e il processo si estingue (art. 154 c.c.).

II. IL DIVORZIO

1. Nozioni generali

Il termine *divorzio* accomuna le nozioni di *scioglimento* e di *cessazione degli effetti civili del matrimonio*, adoperate dal legislatore con riferimento rispettivamente al matrimonio civile e a quello religioso con effetti civili. L'efficacia di quest'ultimo, infatti, permane nell'ambito dell'ordinamento religioso; sicché, il giudice italiano non può pronunciare il suo "scioglimento", ma deve limitarsi a dichiarare cessati gli effetti che, all'interno dell'ordinamento italiano, quel matrimonio ha prodotto in conseguenza della trascrizione.

Tra la nozione di scioglimento e quella di divorzio, peraltro, non sussiste perfetta sovrapposizione, posto che lo scioglimento consegue anche alla morte del coniuge (art. 149 c.c.).

Lo scioglimento per morte o per divorzio estingue allo stesso modo gli effetti del matrimonio; tuttavia, a differenza della donna divorziata, la vedova conserva il diritto di aggiungere al proprio cognome quello del marito fino a che passi a nuove nozze (art. 143 *bis* c.c.).

Come si è detto, l'introduzione dell'istituto del divorzio nel nostro ordinamento si è avuta soltanto con l. 1° dicembre 1970, n. 898, che ha innovato una lunghissima tradizione di indissolubilità risalente al codice del 1865 e assai radicata in tutti gli ordinamenti dei Paesi a maggioranza cattolica. Nel 1974 fu respinto il *referendum* con cui si proponeva l'abrogazione della l. n. 898 del 1970.

Il divorzio presuppone che, per una delle cause tipiche e tassative indicate dall'art. 3 della l. n. 898 del 1970, *la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita*. La legge non dà ingresso, pertanto, al divorzio puramente consensuale e rimette sempre al giudice, in tutte le ipotesi che legittimano la domanda di divorzio, la valutazione circa le concrete possibilità di mantenimento o ricostituzione della comunione spirituale e materiale tra i coniugi.

Ciò è confermato, sul piano logico-sistematico, dalla previsione del tentativo di conciliazione quale atto primario e indefettibile del procedimento di divorzio, qualunque sia la causa della rottura della comunione di vita tra i coniugi. In tutti i casi previsti dalla legge, infatti – anche in presenza di gravi condanne penali – le parti hanno l'onere di allegare la concreta incidenza dell'evento sull'equilibrio e sull'armonia della vita matrimoniale.

Non mancano ipotesi, tuttavia, nelle quali l'incidenza preclusiva dell'evento in rapporto alla vita matrimoniale si rivela *in re ipsa* e l'intervento conciliativo del giudice appare ingiustificabile anche sul piano teorico. Nei casi previsti dall'art. 3, n. 2, lett. *e*) (quando il coniuge, cittadino straniero, abbia ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio) e lett. *g*) (sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso nei confronti di uno dei coniugi), la permanenza del vincolo coniugale appare in contrasto con i principi fondamentali in materia di matrimonio e non può dipendere dall'accertamento svolto dal giudice del merito in ordine alla comunione spirituale e materiale tra i coniugi.

Con riguardo, invece, alla mancata consumazione del matrimonio, la giurisprudenza è divisa riguardo alla sufficienza della dimostrazione dell'assenza di rapporto sessuale tra i coniugi, oppure sulla necessità della prova del disfacimento o della mancata instaurazione della "comunione" coniugale.

A differenza dell'annullamento del matrimonio, il divorzio prescinde da vizi esistenti al momento della celebrazione dell'atto ed estingue il vincolo matrimoniale con effetti *ex nunc*.

2. Le cause di divorzio

Le ipotesi tassative, nelle quali i coniugi possono domandare il divorzio, sono cinque.

A) ***Accertamento giudiziale di fatti aventi una particolare rilevanza penale, commessi dall'altro coniuge (art. 3, n. 1, l. n. 898 del 1970).***

Si tratta, invero, di una complessa categoria di fattispecie, che può essere ulteriormente suddivisa in relazione alla *natura* dei fatti commessi. Pertanto, sono cause di divorzio:

A') la **condanna all'ergastolo** ovvero ad una **pena superiore ad anni quindici**, anche con più sentenze, pur uno o più delitti non colposi, esclusi i reati politici e quelli commessi per motivi di particolare valore morale e sociale [art. 3, n. 1, lett. *a*), l. n. 898 del 1970];

La previsione trova la propria *ratio* nella prolungata interruzione della convivenza tra i coniugi, causata dalla stato di detenzione di colui che si è macchiato di reati talmente gravi da subire una così pesante condanna. Ciò giustifica la previsione secondo cui la condanna può derivare anche da una *pluralità di sentenze* aventi ad oggetto fatti diversi.

Discutibile appare l'esclusione dei reati di natura politica, che lascerebbe presupporre una minore riprovazione sociale nei confronti di colui che li commetta.

La domanda di divorzio non può essere proposta dal coniuge che sia stato condannato per concorso nel reato ovvero quando, in seguito all'espiazione della condanna, la convivenza tra coniugi sia ripresa.

A'') la condanna a pena detentiva per **incesto**, per **delitti contro la libertà sessuale** o per **induzione, costrizione, sfruttamento o favoreggiamento della prostituzione**;

In tal caso, invece, la *ratio* della norma consiste nel significativo disvalore dei fatti commessi, che possono suscitare nel coniuge disgusto e disaffezione, tali da provocare la definitiva frattura della comunione di vita.

La domanda di divorzio può essere accolta anche allorquando, pur non essendo pronunciata sentenza penale di condanna, risulti ugualmente accertata la commissione del fatto o la sua incidenza sulla vita coniugale, e cioè nei casi in cui:

— in seguito a sentenza penale di non doversi procedere per estinzione del reato, il giudice del divorzio ritiene che nei fatti commessi sussistano gli elementi costitutivi e le condizioni di punibilità dei delitti stessi (art. 3, n. 2, lett. *c*);

— in seguito ad assoluzione per vizio totale di mente, il giudice del divorzio accerta l'inidoneità del convenuto a mantenere o ricostituire la convivenza familiare (art. 3, n. 2, lett. *a*);

— il coniuge convenuto sia stato assolto dal reato di incesto soltanto per mancanza del requisito del "pubblico scandalo" *ex* art. 564 c.p. (art. 3, n. 2, lett. *d*).

Anche in queste ipotesi, la domanda di divorzio non può essere proposta dal coniuge che sia stato condannato per concorso nel reato ovvero quando, in seguito all'espiazione della condanna, la convivenza tra coniugi sia ripresa.

A''') la condanna a qualsiasi pena per **omicidio volontario di un figlio**, per **tentato omicidio**, **lesioni personali aggravate**, **violazione degli obblighi di assistenza familiare**, **maltrattamenti in famiglia** o **circonvenzione di incapace** *in danno del coniuge o di un figlio*.

Si tratta di reati commessi ai danni di uno o più componenti della famiglia, la cui consumazione può comprensibilmente provocare un'insanabile frattura nella comunione di vita coniugale.

Nelle ipotesi di omicidio volontario del figlio e tentato omicidio del coniuge o del figlio, la domanda può essere accolta anche quando, in seguito a sentenza penale di assoluzione per vizio

totale di mente, il giudice del divorzio accerta l'inidoneità del convenuto a mantenere o ricostituire la convivenza familiare (art. 3, n. 2, lett. *a*).

Nelle altre ipotesi (lesioni personali aggravate, violazione degli obblighi di assistenza familiare, maltrattamenti in famiglia o circonvenzione di incapace in danno del coniuge o di un figlio), invece – trattandosi di fatti meno gravi – il giudice del divorzio deve accertare in concreto, *anche in considerazione del comportamento successivo del convenuto, la di lui inidoneità a mantenere o ricostituire la convivenza familiare* (art. 3, 3° comma, l. n. 898 del 1970). Il divorzio, peraltro, può essere parimenti pronunciato, in queste ipotesi, anche in seguito a sentenza penale di non doversi procedere per estinzione del reato, se il giudice del divorzio ritenga che nei fatti commessi sussistano gli elementi costitutivi e le condizioni di punibilità dei delitti stessi (art. 3, n. 2, lett. *c*).

Anche in tutte queste ipotesi, inoltre, la domanda di divorzio non può essere proposta dal coniuge che sia stato condannato per concorso nel reato ovvero quando, in seguito all'espiazione della condanna, la convivenza tra coniugi sia ripresa.

B) ***Ininterrotta separazione legale di durata non inferiore a tre anni [art. 3, n. 2., lett.* b*), l. n. 898 del 1970].***

Il legislatore ha fissato – in seguito alla novella del 1987 – in tre anni il periodo di separazione personale, trascorso in quale, in mancanza di riconciliazione, si può presumere l'irreversibilità della crisi coniugale, con conseguente potere dei coniugi di domandare il divorzio.

I tre anni decorrono, tanto nella separazione giudiziale quanto in quella consensuale, dalla **data della comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale**. Se un procedimento giudiziale si trasforma in separazione consensuale, il termine resta quello della comparizione nell'originario procedimento.

Se, durante il periodo di separazione, è intervenuta la riconciliazione, è onere del convenuto eccepire l'infondatezza della domanda di divorzio; il giudice non è tenuto ad alcun accertamento *ex officio*.

A differenza della causa di divorzio in precedenza esaminata – laddove la domanda può essere proposta soltanto dal coniuge che non sia stato autore della condotta giudizialmente accertata – nel caso di ininterrotta separazione legale, ciascuno dei due coniugi è legittimato a proporre la domanda di divorzio, anche quello la cui condotta ha reso intollerabile la prosecuzione della convivenza.

La **separazione di fatto** non consente la proposizione della domanda di divorzio, salvo che si tratti di separazione di fatto protrattasi per almeno due anni antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 898 del 1970.

Per potersi domandare il divorzio, peraltro, occorre che la sentenza di separazione giudiziale sia passata in giudicato. È irrilevante l'eventuale pendenza di impugnazione limitatamente alla domanda di addebito (Cass., sez. un., 4 dicembre 2001, n. 15279).

C) ***Coniuge straniero, che ha ottenuto all'estero l'annullamento o lo scioglimento del matrimonio o ha contratto all'estero nuovo matrimonio [art. 3, n. 2., lett.* e*), l. n. 898 del 1970].***

La previsione mira ad evitare che, a fronte di un coniuge straniero che abbia già ottenuto all'estero l'estinzione del vincolo matrimoniale, il coniuge cittadino italiano sia costretto a riottenere la libertà di stato soltanto trascorso il periodo di separazione personale. Consentendo, invece, al cittadino italiano di proporre direttamente la domanda di divorzio, la legge previene la palese **disparità di condizione giuridica** che altrimenti si determinerebbe tra lo straniero, libero di crearsi all'estero una nuova famiglia, e il cittadino italiano, ormai privato della regolare convivenza familiare, ma ancora giuridicamente coniugato rispetto all'ordinamento interno.

Proprio in considerazione di tale *ratio*, parte della giurisprudenza tendeva ad impedire che

la norma potesse essere strumentalmente adoperata per “aggirare” il limite del periodo di separazione legale e pervenire *per vie brevi* al divorzio. È questa la ragione per cui, in alcune pronunce, si è negata la legittimazione a proporre la domanda di divorzio in capo al coniuge italiano, che avesse richiesto davanti al giudice straniero lo scioglimento o l’annullamento del matrimonio, ovvero avesse pienamente aderito alla domanda proposta dal coniuge straniero.

Sennonché, la giurisprudenza più recente ha mutato orientamento, sulla base del rilievo oggettivo dell’irragionevolezza di una permanenza di *status* diverso tra coniuge straniero e coniuge italiano. Per tale ragione, si ammette la legittimazione alla domanda di divorzio anche nel caso di precedente divorzio “consensuale” stipulato o ottenuto all’estero.

La **possibilità di ottenere il riconoscimento in Italia degli effetti giuridici della sentenza straniera di scioglimento o annullamento del matrimonio** (purché la sentenza stessa non sia contraria all’ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa: art. 65, l. 31 maggio 1995, n. 218) non priva il coniuge del diritto di domandare il divorzio ai sensi della previsione in esame, al fine di conseguire gli effetti specificamente previsti dalla legge italiana (assegno di divorzio, ecc.). Allo stesso modo, l’**efficacia automatica del riconoscimento della sentenza di divorzio pronunciata in uno Stato membro dell’Unione Europea** (art. 21, Reg. CE 20 ottobre 2003, n. 2201) non preclude la proponibilità della domanda di divorzio sempre al fine di ottenere i provvedimenti conseguenti.

Il divorzio può essere domandato, altresì, quando il coniuge straniero ha contratto **nuovo matrimonio all’estero**. La legge non specifica se il nuovo matrimonio debba (o non) essere valido secondo l’ordinamento straniero, ma la validità del vincolo pare costituire un requisito implicito (come nel caso in cui, ad esempio, l’ordinamento straniero ammetta la poligamia). È significativo, infatti, come la l. n. 898 del 1970 non abbia ritenuto causa di divorzio la celebrazione di un secondo matrimonio da parte del coniuge cittadino italiano. In tal caso, invero – per il nostro ordinamento – il secondo matrimonio è nullo (art. 124 c.c.); sicché, la scelta del mantenimento del rapporto matrimoniale da parte dell’altro coniuge è rimessa alla sua valutazione riguardante la tollerabilità della convivenza in seguito ad un fatto di tale gravità. Per pervenire al divorzio, pertanto, occorrerà transitare attraverso la separazione personale.

D) ***Mancata consumazione del matrimonio [art. 3, n. 2., lett. f), l. n. 898 del 1970].***

Si tratta di una fattispecie di chiara derivazione canonistica (nel diritto canonico, invero, è consentita la dispensa per il matrimonio rato e non consumato), che sottolinea la rilevanza del congiungimento sessuale come atto di definitivo completamento dell’unione coniugale.

La legge prescinde dalle ragioni (fisiche, psicologiche, affettive) per le quali la consumazione non si sia avuta.

Parte della giurisprudenza, peraltro, qualifica la mancata consumazione sessuale come un *indice tipico*, ma meramente *sintomatico* dell’insussistenza della comunione spirituale e materiale tra i coniugi, ma rimette pur sempre al giudice la valutazione circa l’effettività della frattura del vincolo umano e affettivo tra i coniugi.

E) ***Rettificazione dell’attribuzione di sesso compiuta da uno dei coniugi [art. 3, n. 2., lett. g), l. n. 898 del 1970].***

Si tratta di una previsione ambigua e superflua. Da un lato, infatti, essa lascerebbe ritenere, *a contrario*, che – in mancanza della proposizione della domanda di divorzio – il matrimonio possa proseguire regolarmente tra persone dello stesso sesso. Dall’altro, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio sono già previsti come effetti *automatici* della rettificazione di sesso, proprio in conformità al requisito della diversità di sesso tra i coniugi (art. 4, l. 14 aprile 1982, n. 164, che espressamente rinvia all’applicazione delle *disposizione del codice civile e della l. 1° dicembre 1970, n. 898 e successive modificazioni*).

La rettificazione del sesso deve essere accertata e risultare da **sentenza passata in giudicato**.

3. Il procedimento

Il procedimento per ottenere lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio – disciplinato dall'art. 4, l. n. 898 del 1970 – presenta numerose e profonde analogie col procedimento previsto per la separazione personale. Tale assimilazione dei due procedimenti – dei quali si auspica, *de iure condendo*, l'integrale uniformità – deriva sia dall'opera della giurisprudenza sia dall'art. 23, l. 6 marzo 1987, n. 74 (riforma della l. n. 898 del 1970), che estende in via generale alla separazione personale le norme del procedimento in materia di divorzio.

Il procedimento inizia con **ricorso**. Anche in tal caso, sussiste una prima fase, nella quale i coniugi compaiono avanti al Presidente del Tribunale, il quale ne sente le rispettive ragioni (prima separatamente e poi congiuntamente) e tenta di conciliarli.

Se la conciliazione non riesce, il Presidente del Tribunale emette i **provvedimenti temporanei e urgenti** che reputa opportuni nell'interesse dei coniugi e della prole. Tali provvedimenti possono avere ad oggetto l'affidamento dei figli, l'assegno in favore del coniuge e dei figli e, infine, l'assegnazione della casa familiare. Con il medesimo provvedimento, il Presidente fissa l'udienza per la prosecuzione del giudizio e designa il giudice che procederà all'**istruzione della causa**.

La disposizione dell'art. 4, 8° comma, l. n. 898 del 1970 – secondo cui i figli minori devono essere sentiti *qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età* – deve ritenersi tacitamente abrogata dall'art. 155 *sexies* c.c. (*supra*, I, § 2.2).

Il processo è definito con **sentenza** emessa dal Tribunale (in composizione collegiale), avverso la quale – come nel caso di sentenza di separazione personale – può essere proposto appello e, successivamente, ricorso per cassazione.

La legge prevede espressamente che, in caso di controversia relativa alla determinazione dell'assegno, il giudice possa pronunciare sentenza parziale di divorzio e proseguire il giudizio per gli ulteriori accertamenti istruttori.

Anche nel corso del giudizio di divorzio, il giudice, a fronte della condotta di uno dei coniugi che determini grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o dei figli, può pronunciare gli **ordini di protezione contro gli abusi familiari** previsti dall'art. 342 *ter* c.c. (art. 8, 1° comma, l. 4 aprile 2001, n. 154).

Quando i coniugi abbiano concordato compiutamente tra loro le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, essi possono proporre **domanda congiunta** di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 4, ult. comma, l. n. 898 del 1970).

Si tratta di un procedimento paragonabile a quello di separazione consensuale. Come nella separazione consensuale, infatti, il tribunale decide in camera di consiglio, verificando la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli. Il procedimento, destinato a essere definito assai più rapidamente del giudizio contenzioso, si conclude anche in questo caso con sentenza.

4. Gli effetti del divorzio nei rapporti personali tra coniugi

Il divorzio estingue il vincolo coniugale. I coniugi perdono i diritti e gli obblighi derivanti dal matrimonio (art. 143 c.c.).

Sebbene lo stato libero si riacquisti automaticamente (per effetto del passaggio in giudicato della sentenza di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio), la legge prevede, a carico della *ex*-moglie, il **divieto temporaneo di nuove nozze**, la cui violazione, peraltro – come si è detto (Sez. II, § 1) – costituisce una mera irregolarità del matrimonio (art. 140 c.c.).

Il divorzio non fa cessare, invece, l'impedimento matrimoniale consistente nel rapporto di affinità in linea retta (art. 87, n. 4, c.c.).

La donna perde la facoltà di aggiungere al proprio il **cognome del marito**. Tuttavia, qualora ella proponga istanza, il tribunale può autorizzarla a conservare tale cognome *quando sussista un interesse suo o dei figli meritevole di tutela*. La decisione può essere successivamente modificata per motivi di particolare gravità (art. 5, 2°, 3° e 4° comma, l. n. 898 del 1970).

Si tratta dei casi in cui, ad esempio, la donna abbia acquisito, durante il matrimonio, una notorietà pubblica o commerciale con l'uso del cognome del marito. L'impossibilità di ricorrere a tale strumento di identificazione recherebbe pregiudizio al diritto della personalità.

In mancanza di autorizzazione del tribunale, l'uso del cognome del marito non è consentito. Pertanto, alla donna, che ne faccia abusivamente uso, può essere ordinata la cessazione del fatto lesivo, ai sensi dell'art. 7 c.c. L'uso abusivo del cognome può costituire, inoltre, un fatto illecito per il quale la donna può essere condannata al risarcimento dei danni *ex* artt. 2043 e 2059 c.c.

Il divorzio non fa perdere la **cittadinanza allo straniero**, che detta cittadinanza abbia acquistato per effetto del matrimonio con cittadino italiano.

5. Gli effetti del divorzio nei rapporti patrimoniali tra coniugi: *a*) il diritto all'assegno postmatrimoniale

Lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio è causa di **scioglimento della comunione legale** (Sez. IV, II, § 6.1), nonché, ove non vi siano figli minori, del **fondo patrimoniale** (Sez. IV, V, § 3).

Le altre conseguenze di natura patrimoniale consistono in *diritti* che ciascuno degli *ex*-coniugi può vantare nei confronti dell'altro, in presenza di presupposti determinati dalla legge. Essi sono:

a) il diritto all'**assegno postmatrimoniale** (o "di divorzio") (art. 5, l. n. 898 del 1970);

b) il diritto alla **pensione di reversibilità** (art. 9, l. n. 898 del 1970);

c) il diritto all'**assegno successorio** (art. 9 *bis*, l. n. 898 del 1970);

d) il diritto ad una **percentuale dell'indennità di fine rapporto percepita dall'altro coniuge** (art. 12 *bis*, l. n. 898 del 1970).

A) La legge prevede che, *con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive* (art. 5, 6° comma, l. n. 898 del 1970).

Il **presupposto oggettivo**, che condiziona l'*an* del diritto all'assegno, consiste, quindi, nella *mancanza di mezzi adeguati* e nell'*impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive*.

L'*adeguatezza* dei mezzi (redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui il coniuge possa disporre) deve essere valutata rispetto al tenore di vita avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso, ovvero che il coniuge poteva ragionevolmente configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto matrimoniale.

Non è necessario, pertanto, uno stato di bisogno dell'avente diritto, il quale può essere anche economicamente autosufficiente.

Il riferimento all'impossibilità del coniuge di procurarsi adeguati mezzi di sostentamento *per ragioni oggettive* implica, poi, che l'indisponibilità di mezzi adeguati non deve essere imputabile al richiedente. Occorre valutare, pertanto, la possibilità di esplicazione di attività lavorativa confacente alla qualificazione della persona ed alla sua posizione sociale e di fatto, le condizioni personali, di età e di salute.

La rilevanza che il predetto presupposto oggettivo ha assunto in seguito alla riforma del 1987 fa sì che dottrina e giurisprudenza concordino, oramai, sulla **funzione esclusivamente assistenziale** dell'assegno postmatrimoniale. Lo scopo, che il legislatore si è prefisso, è quello di prevenire l'apprezzabile deterioramento della situazione economica del coniuge in conseguenza del divorzio.

Prima della riforma, invece, prevaleva la **tesi della natura *composita*** dell'assegno di divorzio, secondo cui l'attribuzione del diritto poteva derivare dalla valutazione anche di uno solo tra i criteri delle condizioni economiche dei coniugi, delle ragioni della decisione e del contributo personale ed economico di ciascun coniuge alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi.

Per la determinazione del *quantum*, tuttavia, il giudice deve applicare gli ulteriori parametri previsti dalla norma, vale a dire:

1) le **ragioni della decisione** (criterio c.d. *risarcitorio*);

2) il **contributo personale ed economico** dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune (criterio c.d. *compensativo*);

3) la **durata del matrimonio**.

Secondo la giurisprudenza, il **criterio delle** "**ragioni della decisione**" postula un'indagine sulla responsabilità del fallimento del matrimonio in una prospettiva comprendente l'intero periodo di vita coniugale, e quindi in una valutazione che attenga non soltanto alle cause determinative della separazione, ma anche al successivo comportamento dei coniugi, che abbia concretamente costituito un impedimento al ripristino della comunione spirituale e materiale e alla ricostituzione del consorzio familiare.

Il **criterio del** "**contributo personale o economico**", dato dal coniuge in costanza di matrimonio, esige la diretta provenienza del contributo stesso; pertanto, l'apporto da parte di estranei al nucleo familiare (ad esempio, i parenti dei coniugi) non può essere preso in considerazione.

Nell'applicazione dell'ulteriore **parametro della** "**durata del matrimonio**" – secondo la giurisprudenza – occorre attribuire diversa rilevanza alla (eventuale) scansione di due periodi matrimoniali: quello che decorre dalla celebrazione alla separazione e quello successivo alla separazione. Infatti, solo il periodo che arriva alla separazione corrisponde all'effettiva comunione materiale e spirituale dei coniugi, laddove il periodo successivo alla separazione, essendo venuta meno detta comunione, assurge a parametro di valutazione delle altre condizioni di liquidazione dell'assegno solo ove si dimostri la sua effettiva rilevanza rispetto alle singole condizioni.

I tre descritti criteri – come si è detto – incidono unicamente sulla **quantificazione dell'assegno** e sono destinati ad operare, pertanto, solo se l'accertamento dell'unico elemento attributivo (la *mancanza di mezzi adeguati* e l'*impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive*) si sia risolto positivamente.

Peraltro, il giudice, purché ne dia sufficiente giustificazione, non è tenuto ad utilizzare tutti i suddetti criteri moderatori, anzi può attribuire particolare rilevanza negativa ad uno (o più) di essi, ritenendolo prevalente su di ogni altro. L'applicazione anche di uno dei solo di tali criteri può non soltanto incidere sulla quantificazione dell'assegno, ma può condurre fino al punto da **escludere l'*an debeatur***. Ad esempio, la brevissima durata del matrimonio induce spesso i giudici a negare l'assegno postmatrimoniale per la mancata costituzione di qualsivoglia comunione materiale e spirituale tra i coniugi; e ciò anche per evitare che il vincolo matrimoniale possa giustificare una "rendita" parassitaria in contrasto con la finalità della norma.

Per fornire al giudice tutti gli **elementi utili ai fini della quantificazione**, i coniugi devono presentare, sin dall'udienza di comparizione avanti al Presidente del Tribunale, la dichiarazione dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune. In caso di contestazioni, il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria (art. 5, 9° comma, l. n. 898 del 1970).

In sede di liquidazione dell'assegno non assume rilevanza diretta – anche per la diversa natura degli istituti – la statuizione del giudice della separazione o l'accordo dei coniugi riguardante l'assegno di mantenimento. L'assetto economico relativo alla separazione può costituire soltanto un indice di riferimento, nella misura in cui appaia idoneo a fornire elementi utili per la valutazione delle condizioni dei coniugi e dell'entità dei loro redditi.

I coniugi possono concordare la **corresponsione dell'assegno in unica soluzione**, mediante la dazione di una somma di denaro o col trasferimento della proprietà di uno o più beni. In tal caso, il giudice deve valutare la congruità dell'importo concordato (art. 5, 8° comma, l. n. 898 del 1970). La corresponsione in unica soluzione preclude la proponibilità di qualunque successiva domanda a contenuto economico, nonostante la sopravvenienza di quei giustificati motivi, cui l'art. 9, l. n. 898 del 1970 (§ 7) subordina l'ammissibilità della istanza di revisione dell'assegno corrisposto periodicamente.

Quando, come di regola, la corresponsione dell'assegno di divorzio sia prevista mediante versamento periodico di somme, la sentenza deve stabilire un **criterio di adeguamento automatico dell'importo dovuto**, almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria. Solo in ipotesi di palese iniquità dell'adeguamento automatico, il tribunale può escludere la previsione con motivata decisione (art. 5, 7° comma, l. n. 898 del 1970). La norma è applicata analogicamente anche all'assegno di mantenimento nella separazione.

È controversa, in dottrina e in giurisprudenza, la questione relativa alla validità degli **accordi preventivi tra coniugi** riguardanti l'*an* e il *quantum* del futuro assegno di divorzio. La consolidata giurisprudenza di legittimità afferma che tali accordi sono nulli per illiceità della causa, in considerazione della natura indisponibile dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio e, in particolare, del diritto all'assegno di divorzio, che, per la sua natura assistenziale, si conforma al principio generale dell'ordinamento secondo cui gli emolumenti correlati alle esigenze di vita (pensioni, alimenti, retribuzioni ecc.) sono indisponibili.

Anche recependo le osservazioni critiche di parte della dottrina, l'assolutezza di tale statuizione è stata mitigata, affermando che non è nullo l'accordo preventivo (stipulato in sede di separazione personale), con cui un coniuge si obbliga nei confronti dell'altro a corrispondere all'altro una certa somma di denaro, vita natural durante, quale contributo al mantenimento. Il coniuge obbligato ai pagamenti previsti nell'accordo, pertanto, non può sottrarsi all'adempimento, invocando l'asserita indisponibilità del diritto all'assegno. L'obbligo stesso assurge ad elemento della complessiva situazione reddituale delle parti, di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'assegno (Cass., 14 giugno 2000, n. 8109).

Cause di estinzione del diritto all'assegno postmatrimoniale sono:

1) la morte di uno dei coniugi;

2) il passaggio a nuove nozze da parte del coniuge beneficiario;

3) la sopravvenienza, in favore del coniuge beneficiario, dei mezzi adeguati al mantenimento del tenore di vita matrimoniale;

4) il peggioramento delle condizioni economiche del coniuge obbligato, da non consentire neppure a se stesso il mantenimento del pregresso tenore di vita.

Nelle prime due ipotesi – morte di uno dei coniugi; nuove nozze del coniuge beneficiario – l'estinzione è automatica e definitiva.

Nel caso di morte, la titolarità del diritto all'assegno postmatrimoniale è presupposto per l'ottenimento dell'assegno successorio (art. 9 *bis*, l. n. 898 del 1970; § 5.3).

Sole le nuove nozze fanno cessare l'obbligo di corresponsione dell'assegno di divorzio: è irrilevante, invece, l'instaurazione, tra il coniuge beneficiario e un terzo, di una mera convivenza *more uxorio*.

Nelle altre due situazioni – sopravvenienza di mezzi adeguati; peggioramento delle condizioni economiche del coniuge obbligato – il coniuge obbligato deve richiedere al giudice la revisione della disposizione contenuta nella sentenza di divorzio e provare le circostanze di fatto addotte a sostegno della richiesta (art. 9, 1° comma, l. n. 898 del 1970).

5.1. Le misure a tutela del diritto all'assegno postmatrimoniale

Anche a tutela del credito all'assegno di divorzio – come già detto a proposito dell'assegno di mantenimento nella separazione personale (I, § 5.1) – la legge prevede talune misure preventive dell'inadempimento del coniuge obbligato o finalizzate a rendere effettiva la riscossione da parte del coniuge avente diritto.

a) Il giudice che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio può imporre all'obbligato di prestare **idonea garanzia reale o personale**, se esiste il pericolo che egli possa sottrarsi all'adempimento (art. 8, 1° comma, l. n. 898 del 1970).

b) La sentenza di condanna al pagamento dell'assegno postmatrimoniale costituisce titolo per l'iscrizione di **ipoteca giudiziale** sui beni del coniuge obbligato, ai sensi dell'art. 2818 c.c. (art. 8, 2° comma, l. n. 898 del 1970).

c) Per assicurare che siano soddisfatte o conservate le ragioni del coniuge creditore, il giudice, su richiesta dell'avente diritto, può disporre il **sequestro dei beni del coniuge obbligato** (art. 8, 7° comma, l. n. 898 del 1970).

Anche in tal caso – come nella separazione personale (art. 156, 6° comma, c.c.), si tratta di una misura cautelare atipica e distinta dal sequestro conservativo ordinario (art. 671 c.p.c.).

Il credito del coniuge obbligato nei confronti dello Stato ed altri Enti datori di lavoro, avente ad oggetto stipendi, salari e pensioni dei dipendenti della pubblica amministrazione non può essere oggetto di sequestro in misura superiore alla metà.

d) Misura peculiare a tutela dell'assegno di divorzio – non prevista in materia di separazione ed introdotta dalla riforma del 1987 – è quella dell'**azione esecutiva diretta nei confronti del terzo tenuto a corrispondere periodicamente somme di denaro al coniuge obbligato** (art. 8, 4° comma, l. n. 898 del 1970).

In caso di mancato pagamento dell'assegno per un periodo di almeno trenta giorni, il coniuge creditore ha l'**onere di costituire in mora** il coniuge obbligato a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento. Successivamente, egli può notificare il provvedimento in cui è stabilita la misura dell'assegno al terzo tenuto a corrispondere periodicamente somme di denaro al coniuge obbligato, con l'**invito a versargli direttamente le somme dovute**, dandone avviso al coniuge inadempiente. Ove il terzo, cui sia stato notificato il provvedimento e l'invito a pagare direttamente, non adempia, il coniuge creditore può agire per l'**esecuzione forzata** nei suoi confronti. Anche in tal caso, il credito per stipendi, salari e pensioni dei dipendenti della pubblica amministrazione nei confronti dello Stato ed altri Enti datori di lavoro, non può essere pignorato in misura superiore alla metà.

e) Per la sottrazione all'obbligo di versamento dell'assegno di divorzio (nonché dell'assegno di mantenimento dei figli: § 6) la legge prevede, altresì, una **sanzione penale** (art. 12 *sexies*, l. n. 898 del 1970, che rinvia alle pene previste dall'art. 570 c.p. per l'ipotesi di *violazione degli obblighi di assistenza familiare*).

5.2. Gli altri effetti patrimoniali: *b*) il diritto alla pensione di reversibilità

B) Poiché la morte del coniuge obbligato estingue il diritto all'assegno di divorzio, la legge prevede talune forme di tutela dell'*ex*-coniuge superstite, al fine di prevenire lo stato di bisogno in cui quest'ultimo potrebbe venire a trovarsi a causa della cessazione del beneficio.

In primo luogo, al coniuge superstite è riconosciuto il **diritto alla pensione di**

reversibilità, per l'intero ammontare di quest'ultima ovvero soltanto *pro quota* in ipotesi di concorrenza con altro coniuge superstite (art. 9, 2° e 3° comma, l. n. 898 del 1970). Tale diritto consiste nel trattamento previdenziale, spettante al coniuge di lavoratore dipendente (pubblico o privato) o di soggetto titolare di pensione "reversibile" (come, ad esempio, la pensione di vecchiaia, di anzianità, di invalidità, ecc.).

I **presupposti** del diritto alla pensione di reversibilità sono:

1) l'**anteriorità del rapporto di lavoro**, da cui trae origine il trattamento pensionistico, rispetto alla sentenza di divorzio;
2) la **mancata celebrazione di nuove nozze**;
3) la **titolarità del diritto all'assegno postmatrimoniale**.

Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, doveva ritenersi necessaria la **titolarità *in concreto*** dell'assegno di divorzio, nel senso che il diritto all'assegno dovrebbe essere stato sancito da provvedimento giudiziario o, quanto meno, fatto oggetto di domanda giudiziale.

Secondo una diversa opinione, invece, era sufficiente la **titolarità *in astratto*** del diritto all'assegno, intesa come sussistenza di quei presupposti sostanziali (*mancanza di mezzi adeguati e impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive*) per il conseguimento del diritto, pur in difetto di un previo accertamento giudiziale.

Il contrasto giurisprudenziale è stato risolto dalla **l. 28 dicembre 2005 n. 263**, che ha dettato l'interpretazione autentica dell'art. 9, 2° e 3° comma, l. n. 898 del 1970, nel senso che *"per titolarità dell'assegno ai sensi dell'art. 5 deve intendersi l'avvenuto riconoscimento dell'assegno medesimo da parte del tribunale"*.

Il legislatore, tuttavia, non è intervenuto nello stesso senso né a proposito dell'assegno successorio né con riguardo al diritto alla quota del trattamento di fine rapporto. Permane, dunque, in questi casi il dubbio se, in mancanza della statuizione giudiziaria sul diritto all'assegno di divorzio, la mera sussistenza dei presupposti per il suo riconoscimento costituisca un requisito sufficiente per ottenere l'erogazione economica rispettivamente prevista dagli artt. 9 *bis* e 12 *bis*. Per attribuire coerenza al sistema, appare opportuno ritenere la norma del 2005 analogicamente applicabile anche ai diversi istituti dell'assegno successorio e del trattamento di fine rapporto, nel senso della necessità dell'avvenuto riconoscimento giudiziale del diritto all'assegno di divorzio.

Il diritto alla pensione di reversibilità sussiste anche nell'ipotesi di attribuzione dell'assegno a seguito di **domanda congiunta** di divorzio.

Il diritto non sorge, invece – secondo l'interpretazione prevalente, che sostiene l'applicabilità analogica di quanto previsto a proposito dell'assegno successorio (§ 5.3) – nel caso in cui, in sede di regolamentazione dei rapporti economici al momento del divorzio, le parti abbiano convenuto la **liquidazione dell'assegno in unica soluzione**.

Il diritto del coniuge divorziato può concorrere con quello di altro coniuge superstite (sia o meno, a sua volta, divorziato) e di altri parenti cui la legge riconosca il diritto al trattamento di reversibilità. Con questi ultimi (figli, genitori, o collaterali) il trattamento previdenziale si suddivide secondo la misura proporzionale prevista dalla legge. La quota spettante astrattamente *al coniuge* è ripartita, invece, tra i due (o più) *ex*-coniugi aventi diritto.

La **ripartizione con altro coniuge superstite** (avente i requisiti per la pensione di reversibilità) è compiuta dal tribunale, tenendo conto della durata dei rispettivi rapporti matrimoniali (art. 9, 3° comma, l. n. 898 del 1970).

Sul punto, tuttavia, occorre rilevare un contrasto tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale.

Secondo le Sezioni Unite del Supremo Collegio, la ripartizione della pensione di reversibilità tra coniuge superstite e quello divorziato costituisce *una* ***mera operazione matematica***: la quota spettante a ciascun coniuge è determinata sulla base di una frazione, che ha al numeratore il numero corrispondente alla durata del rispettivo matrimonio, e al denominatore il numero

corrispondente alla somma dei due periodi (o più, nel caso di più divorzi) matrimoniali (sentenza 12 gennaio 1998, n. 159).

Secondo il giudice delle leggi, invece, il criterio della ripartizione "matematica" non può considerarsi esclusivo: la necessità di *tenere conto* della durata del matrimonio non esclude che il giudice attribuisca rilievo ad **altri elementi di valutazione** (ad esempio, le caratteristiche dei rispettivi rapporti matrimoniali, le ragioni del divorzio o del successivo matrimonio, l'ammontare dell'assegno in precedenza goduto, ecc.), anche con funzione meramente correttiva del risultato conseguito col criterio matematico (Corte cost. 4 novembre 1999, n. 419).

In effetti, tale ultima tesi – cui si è conformata, in seguito, la stessa Corte di Cassazione (sentenza 19 febbraio 2003, n. 2471) – ha il pregio di giustificare l'intervento del giudice in sede di ripartizione delle quote di pensione, laddove il calcolo aritmetico potrebbe essere attuato, invece, direttamente dall'ente erogatore (come accade, ad esempio, nella diversa ipotesi – descritta dall'art. 12 *ter*, l. n. 898 del 1970 – nella quale la pensione di reversibilità, spettante ai genitori divorziati per la morte del figlio per causa di servizio, è attribuita *automaticamente dall'ente erogante in parti uguali a ciascun genitore*).

Nel computo della "**durata del matrimonio**" deve essere calcolato il periodo di separazione personale. Non ha alcun rilievo, invece, la convivenza *more uxorio* che abbia preceduto (o, in ipotesi, seguito) il vincolo coniugale.

La *morte* e il *passaggio a nuove nozze* del coniuge beneficiario sono **cause di estinzione** del diritto alla pensione di reversibilità o alla quota di essa. La quota stessa, tuttavia, in tal caso, si *consolida* in favore dell'altro coniuge; se vi sono più coniugi beneficiari, la quota di colui che ha perso il diritto è ripartita dal tribunale, facendo applicazione dei medesimi criteri sopra descritti.

5.3. *c*) L'assegno successorio

C) Lo scioglimento del vincolo matrimoniale determina la perdita dei diritti successori spettanti, di regola, al coniuge secondo le norme sulla successione legittima e necessaria. La medesima *ratio*, che ha indotto il legislatore a sancire il diritto del coniuge divorziato alla pensione di reversibilità, si pone, peraltro, alla base dell'ulteriore previsione di un **assegno periodico a carico dell'eredità** (c.d. *assegno successorio*: art. 9 *bis*, 1° comma, l. n. 898 del 1970).

I **presupposti** dell'attribuzione dell'assegno successorio sono:

1) la **titolarità del diritto all'assegno postmatrimoniale**;

In tal caso, la legge precisa espressamente che l'assegno successorio non spetta se il credito all'assegno di divorzio è stato soddisfatto in unica soluzione.

2) la **mancata celebrazione di nuove nozze**;

Pur non essendo espressamente previsto dalla norma, tale requisito si desume inequivocabilmente dalla previsione della celebrazione di nuove nozze quale causa di estinzione del diritto all'assegno.

3) lo **stato di bisogno**.

Lo stato di bisogno consiste nella carenza delle risorse economiche occorrenti per soddisfare le essenziali e primarie esigenze esistenziali. L'assegno successorio ha, dunque, **natura alimentare**.

L'attribuzione dell'assegno successorio è rimessa alla **discrezionalità del giudice**. Nella valutazione concernente l'*an* e il *quantum* dell'assegno successorio, il giudice deve tenere conto di una pluralità di elementi:

— l'importo dell'assegno postmatrimoniale;
— l'entità del bisogno (anche alle potenzialità lavorative o reddituali dell'ex-coniuge);
— l'eventuale pensione di reversibilità (per valutare, quindi, la sua possibile inadeguatezza a soddisfare i bisogni dell'ex-coniuge);
— l'ammontare delle sostanze ereditarie;
— il numero, la qualità degli eredi e le loro condizioni economiche.

In considerazione della funzione alimentare, appare preferibile ritenere l'assegno successorio come **legato *ex lege*** e qualificare il coniuge beneficiario come **legittimario**, il quale, in seguito all'attribuzione giudiziale dell'assegno, può esperire le opportune azioni di reintegrazione a tutela dell'integrità del suo diritto (art. 553 ss. c.c.).

Su accordo delle parti, la corresponsione può avvenire in unica soluzione.

Sono **cause di estinzione** del diritto all'assegno successorio il *passaggio a nuove nozze* o il *venir meno dello stato di bisogno* del coniuge beneficiario; in quest'ultimo caso, tuttavia, qualora risorga lo stato di bisogno, l'assegno può essere nuovamente attribuito (art. 9 *bis*, 2° comma, l. n. 898 del 1970).

5.4. *d*) Il diritto alla percentuale dell'indennità di fine rapporto

D) Altro istituto di carattere assistenziale in favore del coniuge divorziato è il **diritto ad una quota percentuale dell'indennità spettante all'altro coniuge in conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro** (art. 12 *bis*, l. n. 898 del 1970). La *ratio* dell'istituto consiste in un riconoscimento specifico ed ulteriore (rispetto all'assegno postmatrimoniale) del contributo personale ed economico dato dall'*ex*-coniuge alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune.

I presupposti del diritto sono:

1) la **mancata celebrazione di nuove nozze**;
2) la **titolarità del diritto all'assegno postmatrimoniale**.

È lo stesso presupposto del diritto alla pensione di reversibilità (§ 5.2). Applicando analogicamente l'art. 9 *bis*, il diritto non sorge se il credito all'assegno di divorzio è stato soddisfatto in unica soluzione.

La percentuale, cui ha diritto il coniuge divorziato, consiste nel *quaranta per cento dell'indennità totale riferibile agli anni in cui il rapporto di lavoro è coinciso con il matrimonio* (art. 12, 2° comma, l. n. 898 del 1970). Occorre, pertanto, calcolare la parte di indennità che si riferisce agli anni di coincidenza tra matrimonio e rapporto di lavoro e, quindi, attribuire al coniuge il 40 per cento di detta somma.

L'attribuzione non è rimessa alla discrezionalità del giudice, ma costituisce un *diritto* del coniuge divorziato nei confronti del coniuge che abbia percepito l'indennità, che non necessita di alcun accertamento giudiziale circa la sussistenza di uno stato di bisogno.

Nella nozione di "indennità di fine rapporto" deve ricomprendersi sia il trattamento di fine rapporto (art. 2120 c.c.), in favore dei lavoratori privati o pubblici, sia l'indennità in caso di morte (art. 2122 c.c.).

La norma, a causa della sua non perfetta formulazione, ha fatto sorgere un serio problema interpretativo.

Stando, infatti, alla lettera dell'art. 12 *bis* – secondo cui il diritto sorge *anche se l'indennità viene a maturare dopo la sentenza* – potrebbe ritenersi che il medesimo diritto sussista anche nell'ipotesi in cui l'indennità maturi *prima della proposizione della domanda di divorzio*. Una siffatta interpretazione estensiva, invero, tutelerebbe il coniuge debole dinanzi a comportamenti fraudolenti o emulativi dell'altro coniuge, specificamente finalizzati a non far sorgere il

diritto alla quota di indennità (ad esempio, le dimissioni volontarie, che il coniuge attui poco prima dell'instaurazione del giudizio di divorzio).

Sennonché, tale interpretazione è stata disattesa dalla Corte di Cassazione e da un consolidato orientamento della giurisprudenza di merito, che la stessa Corte costituzionale ha ritenuto di non censurare (Corte cost. 19 novembre 2002, n. 463).

Prima della domanda di divorzio, infatti, occorre distinguere tra due diverse situazioni:

1) *indennità di fine rapporto percepita in costanza di matrimonio*: in tal caso, l'altro coniuge beneficia dell'indennità stessa nella misura in cui essa è utilizzata per i bisogni della famiglia;

2) *indennità di fine rapporto percepita durante il giudizio di separazione o dopo la pronuncia di separazione*: l'emolumento è valutato, allora, per la determinazione delle condizioni economiche del coniuge beneficiario ed incide, di conseguenza, sull'eventuale quantificazione dell'assegno di mantenimento *ex* art. 156 c.c.

Se, al contrario, la norma dell'art. 12 *bis* fosse interpretata nel descritto significato estensivo, da una parte, il coniuge del lavoratore verrebbe a beneficiare due volte dell'indennità (prima, con il godimento della stessa o con l'attribuzione di un più elevato assegno di mantenimento e, successivamente, con la percezione della quota legalmente fissata), e, dall'altra, si imporrebbe al coniuge lavoratore un obbligo di "accantonamento" in funzione di un evento futuro e incerto quale la pronuncia di divorzio.

Il disposto dell'art. 12 *bis* non può che essere interpretato, dunque, nel senso di attribuire la quota dell'indennità di fine rapporto qualora essa maturi dopo la sentenza di divorzio o *nelle more tra la domanda e la sentenza di divorzio*, ed essere pronunciata, in quest'ultimo caso, soltanto sul presupposto del contestuale riconoscimento del diritto all'assegno di divorzio.

6. Gli effetti del divorzio nei confronti dei figli

La riforma sull'affidamento condiviso ha integralmente equiparato gli effetti nei confronti dei figli nelle ipotesi di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di annullamento del matrimonio, nonché di cessazione della convivenza *more uxorio* (art. 4, 2° comma, l. n. 54 del 2006). Si applicano, pertanto, all'ipotesi del divorzio le previsioni normative già esaminate a proposito della separazione personale (*supra*, I, § 6.1 ss.).

7. La modifica o la revoca dei provvedimenti

Circa la modifica o la revoca dei provvedimenti relativi ai coniugi e ai figli, la legge distingue tra i provvedimenti adottati dal Presidente del Tribunale e quelli contenuti della sentenza che definisce il giudizio.

I primi – come si è detto (I, § 7) – possono essere revocati o modificati dal giudice istruttore, in seguito alla mera istanza della parte interessata. Dei secondi, invece – stando alla lettera dell'art. 9, 1° comma, l. n. 898 del 1970 – è ammessa la revisione soltanto *qualora sopravvengano giustificati motivi*.

Sennonché, tale ultima previsione deve essere diversificata a seconda che si tratti di provvedimenti relativi ai coniugi ovvero ai figli. Con riguardo ai figli, infatti, la disposizione contrasta con quanto previsto dall'art. 155 *ter* c.c. in materia di separazione personale, laddove la revisione dei provvedimenti è prevista senza la condizione della sopravvenienza di giustificati motivi.

Posto che non v'è ragione affinché la revisione dei provvedimenti relativi ai figli sia sottoposta a maggiori restrizioni nell'ambito del divorzio, appare preferibile ritenere che il presupposto della *sopravvenienza di giustificati motivi* – di cui all'art. 9, l. n. 898 del 1970 – si applichi limitatamente ai soli provvedimenti relativi ai coniugi contenuti nella sentenza di divorzio (secondo una previsione perfettamente corrispondente a quanto stabilito, nella separazione personale, dall'art. 156, ult. comma, c.c.).

Quando la revisione concerne i provvedimenti verso i figli, al procedimento in camera di consiglio avanti al tribunale deve partecipare necessariamente, a tutela dell'interesse dei figli, anche il pubblico ministero.